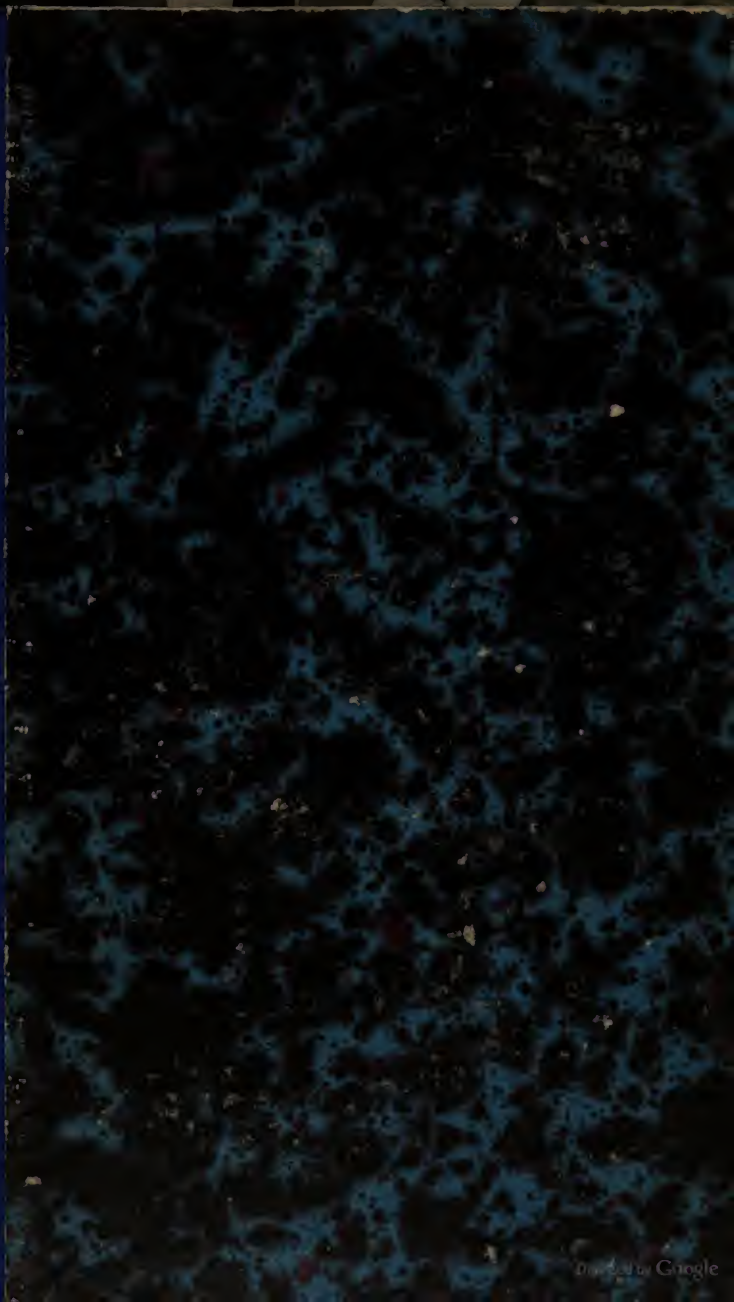

Digitized by Google

KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK
2374 5422

Digitized by Google

XIV. a. 272 del Val

Digitized by Google

Geheimer Hofrath

KONRAD EUGEN · FRANZ ROSSHIRT,

Doctor der Rechte und Professor des Staatsrechtes

an der Universität Heidelberg.

Nach dem für die Heidelberger Alterthümer-Halle

des HERRN GRAFEN VON GRAIMBERG

in natürlicher Grösse im Jahre 1843 nach dem Leben

gezeichneten Bildnisse.

Digitized by Google

377 F3

Abhandlungen

civilistischen und criminalistischen Inhalts.

Herausgegeben

von

Dr. C. F. Rosshirt,
Großherzoglich Badischem Geheimen Hofrath und Professor,
Ritter des Zähringer Löwenordens.

Erster Band.

Koninklijke Bibliotheek te 's Hage.

Heidelberg.
Neue Akademische Buchhandlung von Karl Groos

1833.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber den

Zweck dieser Zeitschrift.

Der Herausgeber dieser Blätter, der weder Recensionen noch weniger politische und andere Zeitungsartikel arbeitet, und nie etwas geschrieben hat, ohne seinen Namen beizusetzen, was in dieser Zeit der Verläumdung und Preßungebührnisse auszusprechen er für Pflicht hält, gründet diese Zeitschrift auf den Wunsch, seine wissenschaftlichen Bestrebungen nicht in verschiedenen Zeitschriften, sondern in einer nach Umfang und Plan selbst gebildeten niederzulegen. Er wünscht dabei aber auch sehnlich, daß Gelehrte ihn mit ihren Beiträgen erfreuen mögen, und er wird am liebsten solche Abhandlungen aufnehmen, welche die Unrichtigkeit seiner Arbeiten nachweisen. Dabei wird er diese Zeitschrift benützen, um zu zeigen, daß und wo ihm Unrecht geschehen ist, oder wo überhaupt ein falscher Weg eingeschlagen wird,

Digitized by Google

oder Anmaßung herrscht. Unbezweifelt gibt oder gab es in Deutschland in der Behandlung der Rechtswissenschaft eine Art Pseudo-Aristokraten, die, wenn auch nicht ahnenalt, doch ahnenstolz genug, von demjenigen, was nicht von Leuten ihrer Verbindung geschrieben ist, keine Notiz nehmen, die aber leider die Talion darin erfahren, daß die Welt, weniger als billig ist, von ihnen Notiz nimmt. Dies kömmt besonders da vor, wo man Alles in die Anwendung einer gewissen Methode setzen will, z. B. in bekannten Abhandlnngen über die Anwendung der historischen Methode auf andere Rechtstheile als das Civilrecht, z. B. Kriminalrecht.

Wir haben in Hinsicht auf den Punkt der Methode in dieser Zeitschrift gerade den entgegengesetzten Weg einschlagen wollen, d. h. in einzelnen Abhandlungen über bestimmte Rechtsfragen, und demnach nicht durch eine pomphafte Beurtheilung aller Zeiten und Gelehrten, als vielmehr durch Proben unserer schwachen Kräfte in einzelnen Lehren zu zeigen, ob wir wissen, was Methode ist. Der Zweck unserer Arbeiten geht nicht einseitig dahin, die Ueberreste der Vergangenheit wohlgefällig zu beschauen, obgleich wir wünschen, in der praktischen Tendenz unserer Wirksamkeit zu den historischen Juristen gerechnet zu werden, indem wir durchaus jenen gegenüber stehen, die aus Mißverständniß aller Rechtsentwicklung auf einmal ihr Vernunftrecht in das Leben übertragen wollen, die aber, wie der Gott der Zeit, ihre eigenen

Digitized by Google

Kinder verzehren, und nur für ihre Person ein Produkt der warnenden Geschichte bleiben. Der Zweck unserer Arbeiten geht auch nicht einseitig dahin, kleine praktische Fälle und Musterausarbeitungen für Relationen zu liefern, oder eine Journalistik über Curiosa in der praktischen Welt, über Gesetzesvorschläge, juristische Politik u. s. w. zu gründen, denn dafür sind die Zeitungen und die Anhänge in andern Zeitschriften, und wir halten es für eine literarische Sünde, die Unterhaltung zur Hauptsache, die Belehrung und den Ernst der Wissenschaft zur Nebensache zu machen. Wir wollen endlich am wenigsten zu vielerlei vorlegen, sondern uns Zeit lassen, um guten Stoff zu gewinnen. Unsere Leser müssen daher auch nicht erwarten, daß der Postbote zur bestimmten Zeit ihnen ein Heft bringe, die Zeit soll hier nicht regieren, sondern der ruhige Fortgang der Wissenschaft.

Partheilos, wenn auch der Eingang dieser Ankündigung eine Philippica zu versprechen schien, zugleich in der Geschichte und im wirklichen Leben stehend, nichts verachtend, am wenigsten die Bestrebungen anderer Völker, weniger kurzen als gründlichen Abhandlungen nachstrebend, Gerechtigkeit und Humanität übend und ansprechend, aber nicht um Gunst buhlend, am wenigsten um Empfehlung unserer Waare unter Zusicherung der Gegenempfehlung bittend — machen wir diesen Versuch, und werden uns freuen, ihn gelingen, nicht härmen,

Digitized by Google

ihn mißlingen zu sehen. Wir hoffen nämlich, daß, wenn der Geist der Zeit und das Gefallen des Publikums auch nicht augenblicklich unserm Verleger im Absatze günstig seyn sollte, die Schrift trotz ihrem Titel als eine Sammlung von Abhandlungen, und wie wenn sie diesen Titel führte, sich auch für kommende Zeiten empfehlen dürfte.

Digitized by Google

Ueber das

General- und Specialpfandrecht der Römer

und über die

Specialität der Pfandrechte in den neuen Gesetzgebungen.

---

§. 1.

Der berühmte Unterschied in General- und Specialpfandrecht wird in den Lehrbüchern mit einer solchen Zuversicht entwickelt, daß man diese Abhandlung, wenigstens in Hinsicht auf ihren exegetischen Theil für überflüssig halten könnte. Aber den Gelehrten ist nicht unbekannt, daß vor zwölf Jahren in einer unter Schraders Vorsitz vertheidigten Dissertation [1]) auf die schon von der Glosse her bestrittene Bedeutung des generaliter und specialiter obligare, ferner des Begriffs und Wesens der obligatio omnium, quae habeo habiturusve sum in der Art zurückgegangen wurde, daß man die ersteren Worte blos in Hinsicht auf den formellen Umfang und die in dieser Beziehung hervortretende Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Gedanken, die letztern aus der rein vorliegenden objektiven Bedeutung auffassen wollte. Hiernach wurde anerkannt, daß die obligatio omnium, quae habeo habiturusve sum zwar

1) De vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales, quam praeside etc. examini submisit G. A. Merz.

gewöhnlich in einem generellen Wortausdruck (durch eine generalis pactio) vor sich gehen werde, und daß in der Richtung des Objekts auf die Zukunft immer etwas Generelles der Form des Ausdrucks nach hervortreten müsse; aber zum wenigsten könne das Wort „Generalhypothek" hierauf nicht beschränkt werden, sondern habe von jeher seine eigene von der Art der Verpfändung ausgehende Bedeutung gehabt, so daß Alles, was schon in einer generischen Bezeichnung dem Objekte nach bestimmt genug sey, Gegenstand des Generalpfandrechts wäre. Auf diese Weise würde die Verpfändung, die der Gattung nach geschieht, und ihr Gegensatz die Verpfändung, die den Individuen nach geschieht, im Begriffe durchaus verschieden seyn von dem Pfandrechte des Vermögens und dessen Gegensatze, den übrigen Verpfändungen. Der Gedanke ist wohl in der Schärfe der Auffassung und der Darstellung neu, nicht aber an sich; denn etwas Aehnliches dachten sich namentlich schon diejenigen, welche ein pignus universale, generale und speciale unterschieden, so wie diejenigen, welche das pignus generale in das generale simpliciter tale und in das generale secundum quid tale eintheilten [2]). Aber da die Quellen des römischen Rechts selbst die Ausdrücke General- und Specialpfandrecht zur technischen Bestimmtheit nirgends ausdrücklich erhoben, und die Praktiker exegetischen Schwierigkeiten von jeher gern durch einen Machtspruch auswichen, so fanden diejenigen immer Recht, die dergleichen Zweifel und Paradoxieen von der Hand wiesen. Indeß wurde doch in einer im Jahr 1820 in Göttingen erschienenen Dissertation [3]) die Sache etwas ernstlicher und zwar gerade vom exegetischen Standpunkte aus angesehen,

2) Man sehe die Schriften bei Glück im Commentar XVIII. Theil S. 208.

3) Vindiciae secundum omnium fere ICtorum de generalis specialisque hypothecae discrimine sententiam, quam praeside Schradero etc. Merz falsam esse arguit. Dissert. quam defendet auctor C. L. Caplick.

Digitized by Google

und die gemeine Meinung gewann somit von Neuem einen Haltpunkt. Aber die Argumente, die hier gebraucht worden sind, führen wohl dahin, daß mit der Fortbildung des römischen Pfandrechts durch Doctrin und Constitutionen der Ausdruck Generalpfandrecht eine besondere Hinrichtung auf die Vermögenshypothek bekam; mehr aber ist nicht zu erweisen, und viele Stellen verstehen offenbar unter dem specialiter obligare etwas anderes als den Gegensatz zum Vermögenspfandrecht. Daher habe ich schon in meinen Grundlinien §. 101. einen andern Weg eingeschlagen, als den gewöhnlichen, und auch Mühlenbruch in seiner doctrina Pandectarum §. 414. hat die neueren Bedenklichkeiten an der Sache gewürdigt, obgleich wir beide uns noch bestimmter hätten aussprechen können und sollen. Thibaut und Makeldey führen eine Schrift von Baumbach an [4]), die ich nicht gesehen habe — dagegen liegt eine ganz neue Schrift von Heinrich Karl Hofmann [5]) vor mir, die die Sache trüber macht, als sie ist, und deren exegetischer Theil wenig gelungen genannt werden kann [6]).

§. 2.

Bei jedem in der Cultur vorgerückten Volke ist der Gedanke sehr natürlich, den mangelnden Personalkredit durch Realkredit zu ersetzen, und dem Gläubiger Güter von Werth anzuweisen, an denen er theils wirkliche, theils eventuelle Rechte erhält. Welche? dieses hängt von der speciellen Entwicklungsgeschichte des Rechtssystems eines Volkes ab. Bei den Römern, wo in der alten Zeit eine große formelle Bestimmtheit statt fand, welche selbst wieder eine große Begriffsbestimmtheit erzeugte, hatte man ursprünglich die gewöhnliche

4) Vertheidigung einer Florentinischen Lesart in l. 2 D. qui potiores. Jena 1820.

5) Ueber den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners. Darmstadt 1830.

6) Auch habe ich nicht gesehen, Carrard (pr. Malblanc) de auctoritate hypothecarum generalium. Tubingae 1620.

Digitized by Google

Ueberlassungsform an körperlichen Sachen mit einem gewissen Vorbehalt. (Mancipatio sub fiducia) [7]). In den Provinzen genügte die allgemeine Anweisung des Objekts mit dem eventuellen Rechte des Zugriffs (ὑποθήκα) [8]). Römisches und Provincialrecht flossen bekanntlich später vielfach in einander, und der hier vorgehende Bildungsprozeß ist lange noch nicht hinlänglich bearbeitet, denn er erstreckt sich auf alle Lehren des römischen Rechts. Indessen war durch das Bedürfniß des Lebens ein Mittelding zwischen der förmlichen Rechtsüberlassung und der bloßen Bezeichnung des Objekts mit eventuellen Rechten aufgekommen, das pignus, dessen wesentliche Richtung darin besteht, daß der Gläubiger die Sache in seinem Besitze hat. Hier kann sich der Gläubiger selbst helfen, und er bedarf nur für den Fall besondere Rechte, wo er den Besitz verloren hat. Darauf wurden die Interdikte angewendet. Pignora und hypothecae waren in keiner andern Weise einander entgegengesetzt, als in der eben entwickelten, und daher kam es, daß die Römer selbst das Pfandrecht bald ein jus pignorum, bald ein jus hypothecae nennen. An diesen Umrissen entwickelte sich die innere Gestaltung des Pfandrechts durch das Edikt und durch die Jurisprudenz. Durch das erstere wurde eine neue Form der Verfolgung der Pfandsache gegen jeden Dritten begründet (actio quasi-serviana); durch die andere wurden alle möglichen Gegenstände des Vermögens und Werths für sich sowohl, wie in den verschiedenen Verbindungen des Gebrauchs und der rechtlichen Disposition zu Pfandobjekten erhoben. Der allgemeinste Gedanke in letzter Hinsicht wurde zuletzt

7) Mancher Punkt des späteren Rechts läßt sich vielleicht nur daraus erklären, z. B. die servitutes praedior. rusticor. konnten mancipirt, also auch verpfändet werden, nicht die servitutes praedior. urbanor. Gajus II. 29. 1. 11. §. 3. l. 12. D. 20. 1.

8) Cicero lib. XIII. Epistolar. ad divers. Epist. 56. Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit: hae commissae sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cludii tradat, aut pecuniam solvat.

Digitized by Google

der, Alles, was veräußert werden kann, kann auch verpfändet werden [9]). Besondere Verpfändungsformen, die ohnedies nie eigentlich da waren [10]), wurden am wenigsten zuletzt für nöthig gehalten, und auch von diesem Standpunkte das Pfandwesen erweitert, und erleichtert. Das Recht der Veräußerung war zwar ein eventuelles, dasselbe aber in soweit gleich bei der Begründung des Pfandrechts einflußreich, daß, wo ein Veräußerungsweg statt fand, auch ein Verpfändungsweg geöffnet war. Daher kam es auf eine sehr einfache Weise dahin, daß auch nomina verpfändet werden konnten, und daß überhaupt an beschränkten, bedingten und zeitlichen Rechten, soweit eine Veräußerung denkbar war, auch eine Verpfändung angenommen wurde. Die Verpfändung des ganzen Vermögens ist consequent der Schlußstein dieses Gebäudes, und wenn man zuerst wohl nur an die omnia, quae habeo dachte, so konnte es in dem eben geschilderten Geiste des römischen Pfandrechts nicht ausbleiben, daß man auch zu den omnia, quae habiturus sum, nicht sowohl für sich stehend, vorschritt, als um einen höheren Grad des Vermögenspfandrechts zu bilden, oder vielmehr, um ein recht eigentliches Vermögenspfandrecht zu constituiren. Der Culminationspunkt ist aber erst durch die bekannte l. 9. Cod. 8, 17, eine Constitution Justinians, eingetreten, in welcher der Kaiser aussprach, daß, wenn Jemand fide et periculo rerum ad se pertinentium, oder durch die Formel „per earum [11]) exactionem satisfieri tibi promitto" sich verbunden habe, nicht nur eine wirkliche Verpfändung angenommen werden solle, sondern auch stillschweigend und kraft Gesetzes die res futurae mitverpfändet seyen. Bei dieser Lage der Dinge war wohl der wichtigste Theil im römischen Pfand-

9) L. 9. §. 1. D. 20, 1. l. 10. §. 2. D. 20, 3.

10) Man müßte denn an jene Formeln denken, die den Umfang des Vermögenspfands oder der bedingt ertheilten Pfänder bezeichneten.

11) Sc. rerum ad me pertinentium.

Digitized by Google

rechte immer der, die innere Natur sowohl, wie den Umfang des Rechts nach der Verschiedenheit des Pfandobjekts zu bestimmen; und dieser Punkt ist hauptsächlich deßhalb noch nicht gehörig untersucht, weil man sich durch den gewiß nicht genau genug verstandenen Unterschied der Begriffe General- und Specialpfandrecht irre machen ließ.

§. 3.

Das Recht des Nießbrauches und das Pfandrecht haben dem Eigenthume und Besitze gegenüber das Eigene, daß ihr Umfang in objektiver Hinsicht viel ausgedehnter ist. Der Besitz findet nicht einmal an Gesammtheiten, die nicht res connexae sind, sondern ein Ganzes im Begriffe darstellen, statt, z. B. an einer Bibliothek, Heerde oder an einem Waarenlager: — das Eigenthum läßt sich wohl an dergleichen Complexen selbstständiger körperlichen Sachen denken, geht aber nie auf Complexe, welche auch unkörperliche Sachen enthalten. Und in der That, die Ausdehnung der rei vindicatio auf universitates corporum hat immer eine Art von Fiction zur Grundlage. So wird in Beziehung auf die Vindication einer Heerde gesagt, daß, wenn in der Heerde anerkannte aliena capita seyen, derjenige die Heerde vindiciren könne, welcher den major numerus capitum anspreche [12]). Nicht entschieden ist, ob eine gleiche Fiction bei einer Bibliothek oder gar bei einem Waarenlager eintrete; denn die römischen Juristen haben sich darüber nicht ausgesprochen, und es darf bei einer solchen blos fingirten Grundlage über-

12) L. 2. D. 6, 1. Es kam einmal der Fall vor, wo zwei Schaafheerden, die auf gerade entgegengesetztem Wege fortgetrieben werden sollten, in eine einzige Heerde zusammen gesprengt wurden. Eine Trennung auf der Straße war nicht möglich; jeder der Schaaftreiber verlangte, daß der andere mit ihm bis zur nächsten Station den Weg mache, und es kam dahin, daß die Obrigkeit entscheiden mußte. Hier wird man juristisch für den entscheiden können, welchem der major numerus capitum zusteht.

Digitized by Google

haupt bezweifelt werden, ob hier nicht das Eigenthum und die rei vindicatio lediglich auf die einzelnen Stücke und keineswegs auf die Begriffsgesammtheit zu beziehen sey [13]). Was aber den Nießbrauch und das Pfandrecht betrifft, so ist nicht nur gewiß, daß universitates aller Art Gegenstand dieser Rechte seyn können, sondern auch, daß Sachen, die nur ihrer Quantität und folglich ihrer Gattung nach bestimmt zu werden pflegen, in den Nießbrauch und in das Pfandrecht gegeben werden, in welcher doppelten Hinsicht die Beziehung auf das Individuelle und Specielle verschwindet: denn

a) in der letzteren Hinsicht wird an sich die Bezeichnung nur in genere, und nicht in specie geschehen, weil es Sachen sind, quae functionem recipiunt in genere;

b) in der ersteren Hinsicht aber kömmt es wenigstens faktisch, d. i. nach der quaestio voluntatis darauf an, wenn nicht eine praesumtio juris nachgewiesen werden kann, ob bei der Verpfändung der universitas das Recht auf die einzelnen species geht, die zu der Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders sind, oder ob darauf nicht geachtet wird, und folglich dasjenige dem Pfandnexus unterworfen ist, was zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts in der generisch bezeichneten universitas sich findet.

In dieser doppelten Hinsicht nun ergibt sich dann allerdings ein natürlicher Gegensatz der obligatio speciei und der obligatio quae in genere fit. Hiebei muß man dann gleich Zweierlei nicht übersehen;

1) daß der Umfang der species durch ihr körperliches Verhältniß bezeichnet ist. Nur muß man bedenken, daß auch dieses in seiner juristischen Betrachtung manchmal eigenthümlich dasteht; z. B. ist eine area verpfändet, so hat der Gläubiger auch ein Pfandrecht auf dem darauf gesetzten Ge-

13) Im übrigen versteht es sich, daß, wo ein Eigenthum an einer Gesammtheit angenommen wird, dies Recht ein ganz anderes Objekt hat, als, wenn das Eigenthum auf jedes einzelne Stück gerichtet wird, welches in der Gesammtheit sich befindet.

Digitized by Google

häude [14]), so wie bei einem verpfändeten Gebäude sich das Pfandrecht auch mit auf den Boden erstreckt [15]). Was aber die Accessionen und namentlich die Früchte betrifft, so sind zwar auch diese nicht vom Pfandrechte unbedingt ausgeschlossen, aber man darf durchaus nicht von dem Standpunkte des Eigenthumsrechts auf den Umfang des Pfandrechts in dieser Beziehung schließen [16]). Denn was namentlich die Früchte angeht, so sind wohl

a) die mit der Hauptsache zusammenhängenden als pars der Sache dem Pfandrechte unterworfen; wenn aber ein Anderer, als der Verpfänder, auf die Perception Rechte hat, und sie darnach percipirt, so kömmt es darauf an, ob das Recht zur Perception stärker ist, als das Pfandrecht, z. B. ein vor dem Pfandrechte begründeter ususfructus; oder nicht. Nur im letztern Falle haften die fructus extantes zwar dem Pfandgläubiger, aber blos subsidiär, si res ipsa non sufficit [17]).

b) In Hinsicht auf die selbstständig gewordenen Früchte ist zwar angenommen, daß sie durch Usucapion dem Pfandrechte nicht entgehen können; aber der bonae fidei possessor haftet nicht wegen der consumirten, da er diese ja selbst dem Vindicanten nicht herauszugeben braucht, indem er sie auf einem eigenen vom Rechte des wahren Eigenthümers ohne Rücksicht auf Zeit oder andere Priorität unabhängigen Rechtsgrunde hat [18]). Ob etwas Besonderes hinsichtlich der ex mancipiis nata statt fand, wollen wir dahin gestellt seyn lassen [19]).

---

14) L. 16. §. 2. D. 20, 1.

15) L. 29. §. 2. D. eod. l. 21. D. 13, 7.

16) Es ist hieraus eines der Argumente zu entnehmen, weshalb man nicht mit Zimmern sagen kann, die actio hypothecaria sey nichts als eine auf dem Namen des Eigenthümers angestellte rei vindicatio.

17) L. 16. §. 4. D. 20, 1.

18) L. 1. §. 2. D. eod.

19) L. 29. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

2) Daß der Umfang des generisch bestimmten Pfandrechts verschieden ist nach Objekt und Ausdruck. In objektiver Hinsicht ist zu unterscheiden:

a) die Verpfändung von Quantitäten, insoferne es auf die species nicht ankömmt;

b) die Verpfändung von Begriffsgesammtheiten, insoferne die darin enthaltenen species dem Wechsel nothwendig unterworfen sind, oder unterworfen seyn können, wohin denn

c) insbesondere das ganze Vermögen eines Lebenden gehört, indem das Vermögen eines Verstorbenen wieder eigene Rücksichten darbietet.

In Beziehung auf den Ausdruck können alle hier angegebenen, der generischen Bezeichnung zum Zweck der Pfandrechtsbestimmung fähigen Objekte zu Specialpfändern gemacht werden, wenn nämlich das Gattungsmäßige in der Quantität durch Bestimmung des Orts oder des Behältnisses, wo die Sachen liegen, verschwindet, wenn ferner bei den Begriffsgesammtheiten die species, woraus sie zur Zeit der Verpfändung bestehen, beschrieben werden, damit das Pfandrecht an diesen species hafte, wenn endlich bestimmt wird, daß alle einzelnen Sachen, die in dem Vermögen des Schuldners seyen, und etwa auch dahin kämen, dem Pfandnexus unterworfen seyn sollen.

Wenn nun aber durch den Ausdruck von den Partheien hier nicht Vorsorge getroffen ist; so scheinen ursprünglich die römischen Juristen Alles in die Intention der Partheien gestellt zu haben, weil das Pfandverhältniß von allen Formen und Beschränkungen frei war; allmählig aber stieg man zu allgemeinen Interpretationsansichten, die nun als praesumtiones juris gelten, auf [20]); dahin gehört:

20) Man muß sich aber hier sehr hüten, etwas aus den römischen Stellen herauszulesen, was bei sorgfältiger Exegese nicht darin steht, und bei dem Zusammenhalten mit andern Grundsätzen nicht darin stehen kann. Man vergleiche z. B. dasjenige, was Makeldey in der neunten Ausgabe im §. 306.

Digitized by Google

α) daß die römischen Juristen bei der Verpfändung einer taberna angenommen haben, daß die Veränderungen der species nicht in Betracht kommen, sondern nur das Ganze, wie es zu der Zeit sey, wo das Pfandrecht geltend gemacht werden soll. Und zwar werden unter den Veränderungen nicht blos die physischen, sondern auch die juristischen verstanden, d. h. das aus der Gesammtheit Verkaufte wird vom Pfandrecht frei, das dagegen in die Gesammtheit Hineingekaufte dem Pfandrecht unterworfen. Es ist kein Zweifel, daß hier die Betrachtung entschieden hat, wie die Einzelnheiten einer taberna ihrer Bestimmung nach einem beständigen juristischen Verkehre unterworfen sind, und der Verpfänder naturgemäß sich nicht der Beschränkung, auf den Verkehr zu verzichten, oder die verkaufte Sache cum onere zu überliefern, unterwerfen wollte. Es ist hier derselbe Fall, wie wenn bei einer Verpfändung des Vermögens diejenigen Sachen durch allgemeine Interpretation oder vielmehr praesumtio juris ausgenommen sind, die der Verpfänder des besondern Verhältnisses zu denselben wegen nie verkaufen und verpfänden will [21]). Es liegt aber in dieser Darstellung von selbst, daß von der taberna kein Schluß auf andere Gesammtheiten gemacht werden kann, sondern aus der Natur jeder einzelnen Gesammtheit durch die Jurisprudenz ein Resultat gefunden werden muß. Auch muß man wohl dabei stehen bleiben, daß wo durch die Jurisprudenz Nichts ausgesprochen ist, die Sache lediglich eine quaestio voluntatis bleibt; denn schon der Eingang der l. 34. pr. D. 20, 1. zeigt, daß man immer auf dasjenige zurückgegangen ist, was denn eigentlich als von den Partheien bezweckt angesehen werden könne.

---

aus den Stellen der Note c. ableiten will, und womit wir durchaus nicht einverstanden seyn können.

21) L. 6, 7, 8. D. 20. 1. Thibaut Pandekten §. 638. — Man sehe hinsichtlich einer andern auf ähnliche Präsumtion gebauten Ausnahme gewisser species vom Vermögenspfand L. ult. Cod. 8, 26.

Digitized by Google

β) Daß die römischen Juristen bei der Verpfändung einer Heerde erklärt haben, wie die physische Veränderung der capita, d. i. die Veränderung derselben auf dem Wege der Geburt und des Todes natürlichen Einfluß auf das Pfandrecht habe. Die Nachzucht in der Heerde ist dem Pfandrechte unterworfen, durch den Tod der einzelnen Stücke aber wird das Pfandrecht natürlich geschwächt, und auf diesem doppelten Wege kann es kommen, daß ein Pfandrecht an einem totus grex renovatus besteht.

l. 13. pr. D. 20, 1.

Aber es versteht sich, daß die aus der Heerde verkauften Stücke dem Pfandrechte unterworfen bleiben, da das Geld nicht an die Stelle der Sache tritt. Die gekauften Stücke sind auch keine natürlichen Accessionen, und daher dem Pfandrechte nur unterworfen, wenn der ausdrückliche Wille der Partheien darauf ging, und zwar nach der Natur der res futurae erst von der Zeit der geschehenen Erwerbung, soferne eine Collision von Rechten diese besondere Betrachtung nöthig macht. Aber auch von den Grundsätzen über eine verpfändete grex ist kein weiterer Schluß zu machen, und am wenigsten haben diejenigen Recht, welche eine Identität der Grundsätze bei der Verpfändung einer taberna und einer grex finden, und sofort auf andere universitates schließen wollten.

Nichts ist auch natürlicher, als daß die römischen Juristen bei diesen aus der Natur der Sache hervorgehenden Präsumtionen stehen blieben, und nicht einmal in Beziehung auf das Vermögenspfandrecht Präsumtionen annahmen. Denn nur bei den, dem juristischen Verkehre im beständigen Wechsel der species zu jenem Zwecke unterworfenen, Gesammtheiten muß nothwendig der juristische Blick auf das Einzelne verschwinden, und bei der universitas lebender Körper muß Lebensanfang und Ende seinen natürlichen Einfluß auf die Rechte der universitas in der Frage der einzelnen capita haben. Diese Ansicht bedarf hinsichtlich der andern Gesammtheiten, das Vermögen eines Lebenden ausgenommen, keines weiteren Beweises, weil keine Stelle im corpus juris uns

entgegen steht; aber über das Vermögenspfandrecht ist nun noch Einiges anzuführen. Bekannt ist die justinianische Präsumtion, die alle künftig, d. i. nach der Verpfändung erworbenen Sachen ohne besondere Bestimmung darüber dem Vermögenspfandrechte unterwirft, und also eben sowohl die erkauften [22]) und ertauschten Sachen, als die lucrativ erworbenen. Nur darüber ist also Zweifel, wie es mit den aus dem Vermögen hinausgehenden Sachen zu halten ist, und ob die pignoris causa daran forthaftet oder untergeht. Bei solchen Fragen zeigt sich ganz besonders, wie man in den Sprachgebrauch und in die Denkungsweise eines Volkes eindringen muß, um daraus, als aus seinem freien Willen, der besten Quelle des Rechts, den passenden Rechtssatz selbst abzuleiten. Hierbei ist ein bekanntes Werk von besonderm Gebrauche, des Barnabas Brissonius, 8 Bücher, de formulis et solemnibus populi romani verbis, wo auch der gewöhnliche Sprachgebrauch bei Verpfändungen im siebenten Buche angeführt ist. Der bestimmteste und sicherste Ausdruck war wohl der, welcher in der l. 15. §. 1. D. 20, 1. vorkömmt:

Ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona debitoris tenerentur, quae tunc habebat et quae postea adquisiiset, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Nach dieser Formel ist kein Zweifel, daß alle einzelnen gegenwärtigen und zukünftigen Stücke des Vermögens dem Pfandnexus so unterworfen sind, daß jeder possessor die pignoris causa anerkennen muß. Unter dieser Voraussetzung und Annahme des Willens der Partheien erklären sich dann leicht auch eine Menge von Stellen, z. B. die

l. 2. Cod. de pignor.

quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, *et aequale jus in omnibus habere* . . .

22) Daß mit verpfändetem Gelde eine Sache erkauft ist, macht die letztere bekanntlich nicht zur verpfändeten Sache. l. 7. §. 1. i. f. D. 20, 4.

Digitized by Google

Ferner die l. 4. pr. D. 20, 6, wornach ein gekauftes servus nicht pfandfrei redhibirt werden kann, wenn der Gläubiger nicht eingewilligt hat; in gleicher Richtung drückt sich die oft als Fundament eines eigenen Prinzips angesehene [23]) l. 15. cod. de pignor. aus; und man kann somit fest annehmen, daß, wenn der Wille des Verpfänders unzweideutig in der eben angegebenen vollkommensten Art ausgesprochen war, der Umfang des Vermögenspfands dadurch von selbst regulirt wurde.

Aber nicht immer fand sich bei den Römern diese Bestimmtheit: nicht einmal darin liegt sie, wenn Jemand omnia, quae habet, habiturusve est — res tam praesentes quam futuras verpfändet; denn gerade der Punkt, ob dabei jede species vom Pfandrechte ergriffen werden soll, ist nicht bedacht, und bleibt daher eine quaestio facti — noch gewisser ist dieses, wenn blos bona universa, also das universum jus als eigene Sache, oder wenn omnes res ad debitorem pertinentes verpfändet waren; und man konnte in diesen Fällen, welche alle unseren oben angeführten bestimmten Fällen, wo die Verpfändung angesehen wird, ac si *specialiter* res fuissent obligatae, entgegengesetzt sind, leicht sagen, daß ein im Vermögen befindlicher servus nur generaliter pignori datus sey, und dieser somit ohne weiters manumittirt werden könne, da der Wille der Partheien das Recht nicht speciell auf ihn habe radiciren wollen, wozu sicherlich auch noch der favor libertatis kam [24]). In solchen Fällen war nun freilich die voluntas partium, wenn sie auf irgend eine Weise erkannt werden konnte, die Entscheidungsquelle; aber blieb die Sache zweifelhaft, so war man sicherlich schon nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. in obscuris, quod minimum est, sequimur, dafür, daß durch die Vermögensverpfändung eine nicht fraudulose Disposition des Verpfänders über einzelne Sachen nicht gehemmt seyn solle. Dabei möchten wir aber weder a priori

23) Höpfner Institut. §. 717.

24) L. 29. D. qui et a quibus manum.

Digitized by Google

mit Bülow [25]) so argumentiren, daß das Vermögenspfand an sich nur die universitas, und nicht die einzelnen Sachen seiner Natur nach ergreife; noch irgend eine Analogie, z. B. die von der taberna zu Hülfe rufen, weil in der That diese nicht paßt, indem ein großer Unterschied ist zwischen jenem Complexus von Sachen, die immer zum Verkauf da liegen, und zwischen den meistens in ganz fester Hand sich befindenden einzelnen Vermögensobjekten. Zuletzt ist nur noch der Fall zu erwägen, wo durch den Gegensatz zu einzelnen species andere generisch bezeichnete Objekte doch gewissermaßen specialisirt werden. Hier halten die Römer oft den Ausdruck cetera bona dadurch für bestimmt, daß von dem Zustande dieser Güter zu einer bestimmten Zeit die Rede ist. Hieher gehört unter andern die berüchtigte l. 2. D. 20, 4, wo wir die zweimal vorkommende Leseart „generaliter" für richtig halten; denn das erstemal bildet sich der Gegensatz der cetera bona in Beziehung auf das später verpfändete praedium. Das anderemal ist von demjenigen die Rede, was der Gläubiger aus dem generell Verpfändeten bereits erhalten hat [26]). In einem gleichen Gegensatze des speciellen und der cetera bona findet man die l. 9. Cod. 8. 28.

In dieser kurzen Darstellung haben wir unsere Meinung über den Umfang des Vermögenspfandrechts nach Grundsätzen der Römer so angedeutet:

1) daß dasselbe auf alle Einzelnheiten, die bei der Verpfändung im Vermögen sind, und bis zur Geltendmachung des Pfandrechts in dasselbe kommen, sich erstreckt und daran haftet, wie wenn dieselben speciell verpfändet wären; soferne dieses von den Partheien ausdrücklich bedungen ist;

2) daß außerdem die Intention der Partheien zu untersuchen ist, und daß im Zweifel der billigere Grundsatz anzunehmen ist, wornach der Vermögensverpfänder in der

25) Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts, I. Theil, Braunschweig 1817, Nr. I.

26) Man vergleiche übrigens v. Glück im Commentar §. 1079. XVIII. Theil, 2te Abtheilung.

Digitized by Google

Disposition über die einzelnen Objekte seines Vermögens nicht genirt werden soll;

3) daß oft durch den besondern Ausdruck im Gegensatze des Ganzen zu dem Besondern der Umfang des ersteren zu erkennen ist, und daß daher bei den Römern gar oft neben der Verpfändung einer speciellen Sache nur die ausdrücklich subsidiäre Verpfändung der andern zur Zeit jener Verpfändung vorhandenen Vermögensstücke jedoch in specieller Rücksicht auf dieselben gemeint war. Dabei sieht man, daß die Magistrate im Allgemeinen billige Rücksichten sollten eintreten lassen, (l. 2. Cod. 8, 14); ferner erledigt sich hienach der zweite Theil der schwierigen l. 2. D. 20, 4, welcher ausdrückt, daß, wenn Jemand aus dem Vermögen des Schuldners eine oder mehrere Sachen zur Tilgung der Schuld oder überhaupt als Pfand angewiesen erhalten hat mit der Bestimmung, daß ihm das übrige hafte, soferne jene Sachen nicht zureichten — von dem übrigen Vermögen aber einem andern ein Pfandobjekt ausgesetzt worden sey, dieser zweite Pfandgläubiger nicht sowohl als vorgehender creditor, sondern als einziger creditor an seiner Pfandsache zu betrachten sey, wenn jene Bestimmung nicht zur Anwendung komme.

Auf diese Weise ist es auch durchaus nicht schwierig, sämmtliche Stellen über das Vermögenspfand, welche in den Pandecten und im Codex stehen, in den Einklang zu bringen, und wir haben nicht mehr mit solchen unbestimmten Aeußerungen uns zu begnügen, die in dem so verdienten Lehrbuche Mühlenbruchs noch vorkommen in den Worten des §. 414. Note 10. sub 6: Etiam universorum bonorum pignori *semper fere* inesse singularum rerum pignus.

Es könnte noch gefragt werden, ob die eben angeführten Resultate des römischen Rechts auch auf unsere gemeinrechtliche Praxis zu beziehen seyen, worauf wir antworten, daß daran um so weniger zu zweifeln ist, als diese Resultate aus dem Willen der Partheien genommen sind, und daher auf alle Zeiten nothwendig passen müssen. Jedoch kann man zugeben, daß in unserer Praxis die römische Vorsicht, beim

Digitized by Google

Vermögenspfand ausdrücklich die Sache so zu stellen, daß alle einzelnen Sachen verpfändet seyn sollen, sehr selten eintritt, woher es kömmt, daß man so oft in unserer Praxis das oben unter 2 als subsidiär angegebene Resultat für unsere Regel geachtet hat [27]).

Bei dieser Gelegenheit sind noch zwei wichtige, auf das Vermögenspfand sich beziehende Fragen zu erledigen:

I. Häufig geschah es bei den Römern und geschieht es bei uns, daß neben der Verpfändung einzelner specieller Vermögensobjekte noch andere Vermögensobjekte (cetera bona) etwa Alles, was zu dem Vermögen des Schuldners gehört, verpfändet wird. Der Standpunkt eines solchen Geschäfts ist ein dreifach verschiedener:

a) Ein ausdrücklicher Vertrag bestimmt, daß die Verpfändung der übrigen Güter nur in subsidium und für den Fall geschehen sey, wo aus der species die Befriedigung nicht erlangt werden könne. Hierauf geht die schon mehrmals angeführte l. 2. D. qui potiores in pign., vielleicht auch die l. 9. cod. de distract. pign.

b) Das Variationsrecht ist durch einen ausdrücklichen Vertrag garantirt. Hier bleibt es dabei, und weder ein nachgehender Pfandgläubiger, noch weniger der Schuldner oder ein dritter Besitzer kann eine Gegenrede machen, wenn auch einige neuere Rechtsgelehrte hier in Unterscheidungen sich gefallen haben [28]).

c) Wenn weder das Eine, noch das Andere bedungen ist, so ist nach unserer Meinung der Richter angewiesen, in favorem eines nachstehenden Pfandgläubigers den Kläger abzuweisen, wenn dieser ohne die Voraussetzung, daß die species nicht zureicht, zu den andern Gütern gegen das Interesse des andern Pfandgläubigers greifen will. Dieses spricht nämlich die l. 2. cod. de pign. aus. Diese Stelle,

27) Sonderbar genug haben viele Lehrbücher des gemeinen Rechts auf diese ganze Frage, die in den Gerichten so häufig vorkömmt, fast gar keine Rücksicht genommen.

28) Glück, Commentar 18. Bd. S. 236.

Digitized by Google

welche für andere Beziehungen den Grundsatz enthält, daß derjenige Gläubiger, welcher neben der species noch andere Güter sich habe verpfänden lassen, namentlich das ganze Vermögen, an allen zu diesem gehörigen Objekten ein gleich starkes Recht habe, will offenbar für unsern Fall im Wege der Billigkeit eine Ausnahme machen, die nach klaren Worten und eben so klarer Absicht nicht ausgedehnt werden kann. Wir kennen zwar die philosophisch-historische Conjectur von Cujacius [29]), wornach eine stillschweigend subsidiäre Richtung als allgemeine Regel, wenn nicht das Variationsrecht bedungen war, kraft der Fortentwicklung des Rechts bei den Römern behauptet wird, woraus sofort eine ganz breite und allgemeine Grundlage für den creditor posterior nicht nur, sondern auch für den Schuldner und dritten Besitzer entstehen würde; wir kennen eben so diejenigen Argumente [30]), wo wenigstens in favorem des Schuldners die Abweisung angenommen wird, weil doch der Schuldner, der neben seinem Vermögen noch eine species aussetze, gewiß daran denke, daß es zuerst an diese species gehen solle, wozu noch die l. 9. Cod. de distract. komme [31]), die aber Glück, Gesterding, Caplick und andere mit Recht anders auslegen, und die auf jeden Fall als dunkles Reskript zu unbestimmt ist, als daß ein allgemeiner Rechtssatz ohne weitere Stütze daraus abgeleitet werden dürfte; aber, was uns angeht, so können wir einer in dieser Abhandlung schon bei der Erklärung der l. 13. pr. und l. 34. D. 20, 1. bewiesenen sichern Erklärungsmethode nicht untreu werden, wornach praesumtiones juris genau auf den Fall beschränkt werden müssen, für welchen sie aufgestellt sind, und wenn sich auch nur ganz kleine Nüancen zu andern Fällen zeigten; indem die Auctorität der Jurisprudenz hierin zwar groß ist, aber nicht

29) Quia, quod vulgo agi solet, pro acto habetur, sagt Cujacius in lib. III. Responsor. Papin. ad l. 2. qui potior. in pig. (ed. Neap. tom. IV. pag. 950.)

30) Siehe Glück S. 246.

31) Thibaut §. 639.

mißbraucht werden darf. Am wenigsten endlich dürfte in dieser Streitfrage etwas auf den unbestimmt allgemeinen Satz zu bauen seyn: semper species generi derogat.

II. Derjenige Punkt, welcher vielleicht unter allen die Natur des Vermögenspfandrechts am meisten charakterisirt, ist die Frage, von welcher Zeit an die in das verpfändete Vermögen eintretenden species der Verpfändung unterworfen sind, soferne nämlich diese Frage überhaupt vorkommen kann, d. h. soferne eine Concurrenz der Pfandrechte an einer solchen species eintritt. Vorerst will ich bemerken, daß man gewöhnlich zwei ganz verschiedene Fragen hieher zusammenstellt, wie man z. B. bei Glück [32]) und Gesterding [33]) sieht; diese unterscheiden nämlich zwei Arten von res futurae

a) diejenigen, die noch nicht in rerum natura sind, wie z. B. die Früchte;

b) die, welche noch nicht in dem Vermögen desjenigen sind, von dessen Rechten daran und deren Uebertragung auf andere es sich handelt.

Beide mag man res futurae nennen; aber von diesem Ausdrucke kann Nichts in Beziehung auf die Rechtsfolgen abhängen. Hierin stimmen zwar auch Gesterding und Glück mit uns überein, indem sie eine ganz andere Rechtsfolge bei den res futurae der ersteren Art, wie bei jener der andern Art annehmen; aber hinsichtlich dieses Resultats müssen wir dann wieder wünschen, daß die Sache anders angesehen werde. Jene Gelehrten meinen nämlich, an den Früchten könne ein Pfandrecht gültig vor deren Existenz entstehen, nicht aber an den res futurae der andern Art vor deren Erwerbung durch die Verpfänder. Wir glauben, daß bei den Früchten kein Pfandrecht angenommen werden könne vor deren Existenz, und daß bei den erst zu erwerbenden Sachen keines statt finde vor ihrer Erwerbung; daß aber dennoch

32) Commentar. XVIII. Theil S. 214.
33) Pfandrecht S. 57 ff.

Digitized by Google

von dem Einen auf das Andere nicht geschlossen werden könne, sondern bei jedem eine eigene Rechtsgrundlage bestehe.

Bei den Früchten scheint die Sache sehr einfach und klar; man kann überhaupt nicht leicht Rechte an Dingen haben, quae non sunt in rerum natura. Es gibt zwar einen Hoffnungskauf, und das Aleatorische steht demnach der Natur des Kaufes nicht entgegen [34]), wohl aber der Natur der Verpfändung, die ihrer Wesenheit nach eine Sicherstellung durch den Werth eines bestimmten Gegenstandes seyn soll, und die besonders durch das Hinzukommen der Natur eines dinglichen Rechts [35]) an einem Dinge nicht gedacht werden kann, was gar nicht existirt. Damit soll nun freilich nicht gesagt werden, daß man über diejenigen Dinge, quae nondum sunt, futura tamen sunt [36]), nicht im Voraus Pfandverabredungen treffen könne; aber das dingliche Recht kann nicht eher anfangen, als bis das corpus als selbstständiges oder accessorisches Rechtsobjekt existirt. In der Richtung der Früchte als accessio muß man natürlich den Fall im Auge haben, wo ein eigenes Pfandrecht an den Früchten behauptet wird neben dem Pfandrechte am fundus; hier kann das Pfandrecht an den Früchten wieder nur bedingt gelten, d. h. für den Fall, wo die Früchte gezogen werden [37]), denn ohne

34) Daraus muß die l. 8. D. 18, 1. erklärt, und es kann daher nicht mit Hepp diss. ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat pag. 167 vom Kauf auf das Pfandrecht geschlossen werden.

35) Cujacius ed. Neap. IV. tom. pag. 1282.

36) L. 15. pr. D. 20, 1.

37) Einige glauben, es sey hier eine conditio tacita vorhanden, die bekanntlich nicht als wahre conditio juristisch behandelt wird, wie z. B. Hepp a. a. O. auf Mudaeus und Donellus sich berufend; aber diese Behauptung ist mit Nichts bewiesen, vielmehr ist die Sache darauf zu beschränken, wenn die Früchte gar nicht als eigenes Objekt, sondern nur als pars fundi in Betracht kommen. Man könnte etwa auch uns entgegensetzen, daß hier von einer conditio casualis die Rede sey, wo die Retrotrahirung sich verstehe; allein abgesehen

diesen Fall kann nicht von einem Pfandrechte der Früchte, sondern nur von einem Pfandrechte des Guts, auf welchem die Früchte stehen, und von dem sie ein integrirender Theil, wie die Fenster an einem Hause sind, die Rede seyn. Dieses Alles würde man in Gemäßheit allgemeiner Rechtsansichten vielleicht allgemein anerkannt haben, wenn man nicht die l. 11. §. 3. D. 20, 4. mißverstanden hätte. Hier sagt nämlich der Jurist, die für res futurae, d. i. Früchte im Voraus getroffene Pfandverabredung habe nur dann rechtliche Bedeutung, wenn der Verpfänder zur Zeit dieser Verabredung den fundus oder das jus utendi fruendi fundi wirklich gehabt habe:

Quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris?

Es soll also die Pfandberedung über Früchte eines Grundstücks nicht gelten, welches der Verpfänder weder eigenthümlich, noch im Fruchtgenusse hat, vorausgesetzt nämlich, daß eine solche Beredung unbedingt, wie von einem Berechtigten geschehen wäre [38]). Aus dieser ganz natürlichen Aeußerung folgt aber nicht, daß die Verpfändung der Früchte

---

davon, ob das Erzeugen von Früchten eine conditio casualis genannt werden kann, da meistens industria nöthig ist, so kann auch zum Zwecke der Erlangung dinglicher Rechte der Grundsatz der Retrotrahirung überhaupt nicht gelten, der blos in Beziehung auf obligationes und nicht in Beziehung auf jene Rechtsverhältnisse entstanden ist, wo, wenn zu der Erlangung des speciellen dinglichen Rechts zwar nur eine obligatio gehört, wie bei der Hypothek, doch der Verleiher dieses Rechts durch sein Verhältniß zur Sache legitimirt seyn muß.

38) Geschieht sie mit der ausdrücklichen Erklärung, wenn der Verpfänder als Eigenthümer oder Nutznießer das Recht an den Früchten erhalten werde, so ist der Vertrag gewiß eben so gültig, wie der überhaupt über eine fremde Sache, wenn die Bedingung ausgedrückt ist, si debitoris res facta fuerit l. 16. §. 7. D. 20, 1.

Digitized by Google

schon von der Zeit der vorläufigen Pfandberedung und nicht erst von der Zeit, wo die Früchte als Rechtsobjekt da sind, anfange. Ein Pfandrecht an Früchten ohne den fruchttragenden fundus kann nach unserer Meinung nicht eher anfangen, als bis die Früchte vom fundus getrennt sind; ein Pfandrecht an Früchten als Accession aber richtet sich ohnedies nach der Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts, d. i. nach dem Umstande, ob zu der Zeit, wo das Pfandrecht geltend gemacht wird, das Grundstück solche Accessionen trägt, und hier ist, wie schon oben bemerkt wurde, zu unterscheiden, ob das fruchttragende Gut an sich Gegenstand des Pfandrechts ist, oder ob unabhängig vom Gute noch besondere Pfandrechte an den Früchten prätendirt werden, denn in dem letzten Falle kommt es natürlich lediglich auf die Zeit an, wo die Früchte als selbstständiges Objekt hervortreten, und es erscheinen die Früchte hier nur uneigentlich als Accessionen.

Nunmehr wollen wir auf die res futurae der andern Art zurückkehren.

Vorerst verdient hier erwogen zu werden, daß auch bei den Römern am Vermögenspfand das Recht dadurch realisirt wurde, daß man auf so viele einzelne im Vermögen befindliche Sachen griff, als zur Befriedigung der Schuld nöthig waren. Die Römer hatten zwar immissiones in universum jus vivi, aber bei dem Pfandrecht wendeten sie diese nicht an, vielleicht deßhalb, weil die Pfandrechtsklage der vindicatio nachgebildet ist, und das Bedürfniß dieses nicht nöthig machte. Hieraus folgt, daß bei der Realisirung des Vermögenspfands immer das Recht in einzelnen species sich concentrirt, und daß, wenn hier eine Collision der Berechtigten entsteht, die Frage höchst wichtig ist, von welcher Zeit jeder Pfandgläubiger sein Recht an diesen species datiren kann. Vor Allem müssen wir in dieser Beziehung auf den Gedanken aufmerksam seyn, daß, wenn ein Schuldner an einer species, die zur Zeit der Verpfändung nicht in seinem Vermögen ist, ein Pfandrecht constituiren will, dies nur unter der ausdrücklichen Bedingung geschehen kann:

Digitized by Google

si dominium rei acquisierit [39]). Diese Bedingung wird stillschweigend angenommen, wenn Jemand die cetera bona, quae nunc habet, et quae postea acquisierit verpfändet, oder vielmehr sie ist in der eben vorliegenden Formel ebenfalls ausdrücklich aufgestellt. Es läßt sich in der That gar kein Unterschied denken zwischen dem ersten und andern Fall, soferne man über den Anfang des Pfandrechts an einer speciellen Sache die Frage stellt. Zu den bekannten Schattenseiten der justinianischen Compilation gehört die, daß, weil die Compilatoren nirgends an der Hand des natürlichen Zusammenhangs und des doctrinellen Bedürfnisses der Lehren, sondern nach einer mehr mechanischen Excerpiermethode verfuhren, manche wichtige Frage in unsern Quellen nicht bestimmt genug gelöst ist. Dahin gehört auch die vorliegende, und daher haben berühmte Namen an ihre Art der Exegese gewisser Stellen sich haltend, noch in der neuesten Zeit das Gegentheil unserer Ansicht aufgestellt [40]). Wir wollen uns hier um so weniger in eine weitläufige exegetische Untersuchung einlassen, als der Gegenstand unter den Zeitgenossen nicht nur von Glück und Gesterding, sondern auch in der allerneuesten Zeit erst von Hepp in seiner diss. und in einer eigenen Abhandlung im Archiv [41]) so wie von dessen Recensenten Zimmern und Maier weitläufig besprochen worden ist. Nur im Kurzen wollen wir die Gründe unserer exegetischen sowohl, wie unserer materiell die Sache erklärenden Ansichten mittheilen.

A. Wir stimmen mit Baumbach [42]) darin überein, daß die l. 34. §. 2. D. de pign. unsere Ansicht nicht rechtfertige, und daß namentlich das „coepisse“ (§. 1. der Baumbach'schen Abhandl.) nicht unsere Frage des Anfangs, sondern die allgemeine Bejahung des Bestehens eines Pfandrechts im vorliegenden Falle im Geiste der Latinität enthalte. Mehr

39) L. 16. §. 7. D. 20, 1.

40) Z. B. Mühlenbruch, doctrina Pand. §. 414. not. 10.

41) Bd. II. Heft Nr. 12.

42) Archiv IV. Bd. Nr. 7. §. 3.

Digitized by Google

Schwierigkeiten veranlaßt die bekannte l. 21. pr. D. 20, 4., über deren Erklärungsversuche sich ein eigenes Buch schreiben ließe. Einige unter den Neueren sehen die Stelle als klare Entscheidung für das Gegentheil unserer Meinung an, weil die Seja mit ihrer sogenannten Generalhypothek dem Fiscus mit seiner später entstandenen Generalhypothek unbedingt an den künftig erworbenen Sachen vorgehe, und daher auch an diesen das Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung und nicht von der Zeit der Erwerbung der Sache an gerechnet werden müsse. Eine sehr alte Meinung will die Worte „post priorem obligationem acquisita" auf die Güter beziehen, die nach der ersten Obligation für die Seja, aber vor der Obligation an den Fiscus erworben worden seyen [43]). Eine andere, und zwar die am meisten begünstigte Meinung ist die, wornach die Seja im Sinne des ältern römischen Rechts allein ein Pfandrecht auf die künftigen Güter gehabt habe, weil nur ihr die omnia, quae habet habiturusve est verpfändet waren, dem Fiscus dagegen nur die zur Zeit der Verpfändung wirklich vorhandenen Güter. Allein bei dieser Ansicht müßte noch etwas vorausgesetzt werden, worauf wir gleich zurückkommen werden. Zuletzt wollen wir nur noch erinnern an die Interpretationsversuche von Henneman, Schrader, Hepp und andern aus der neuesten Zeit mit der Bemerkung, daß einige auch geglaubt haben, die Sache sey unter den römischen Juristen streitig gewesen, und daher seyen Aeußerungen verschiedenen Inhalts in die Pandekten gekommen. Was uns betrifft, so sieht man aus der Stelle, daß ein specielles Faktum vorlag, welches in der That genauer hätte dargestellt werden sollen. So nehmen wir z. B. an, ohne daß die Stelle die Sache selbst bestimmt genug ausgedrückt hat, daß die Verpfändung an die Seja und die an den Fiscus nicht lange auseinander erfolgten, so daß die res praesentes bei beiden Verpfändungen dieselben waren; daher erklären sich auch die Worte „tempore prioris obli-

43) Man vergl. l. 2. Cod. 7, 73.

Digitized by Google

gationis" und „post priorem obligationem" als erschöpfender Gegensatz, während bei einem andern Stande der Sache noch ein Drittes angenommen werden müßte „post priorem obligationem, sed ante obligationem cum fisco contractam," welchem dann „post priorem obligationem et post obligationem cum fisco contractam" entgegenstünde. Unter dieser Voraussetzung wäre dann die Erklärung, daß die Seja auf die res praesentes und futuras ein Pfandrecht gehabt habe, der Fiscus nur auf die praesentes befriedigend, wenn nicht von einem praeferre die Rede wäre, da nach dieser Vorstellung die Seja auf die res futurae die alleinige Gläubigerin zu seyn scheint, wenigstens insoferne, als die Concurrenz entschieden werden soll [44]). Allein leicht dürfte der Ausdruck hier mehr in der Sprache des Lebens als mit juristischer Feinheit gegriffen seyn. Auf jeden Fall kann bei bewandten Umständen die Stelle nicht als entscheidend gegen uns angesehen werden. Wenn man endlich die l. 15. §. 1. D. 20, 1. unserer Ansicht entgegengestellt hat, so ergibt der genau untersuchte Sinn der Stelle, daß sich dieselbe auf unsere Frage gar nicht beziehen sollte Der Jurist sagt: bei der Verpfändung fremder species ohne Anführung der Bedingung „si debitoris res facta fuerit" sey kein Fundament der Verpfändung da, denn es müsse immer bewiesen werden, daß ohne jene Bedingung die Sache zur Zeit der Verpfändung ein Eigenthum des Verpfänders war; nur bei der Verpfändung, die sich auf die omnia, quae acquisierit, ausdrücklich erstrecke, sey jener Beweis natürlich nachgelassen, so gut er dieses ist, wenn man eine künftig zu erwerbende species unter der ausdrücklichen Bedingung der Erwerbung verpfänder, indem in diesen beiden Fällen genügt, daß zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts die Sache dem Schuldner wirklich gehöre. Diese Stelle entscheidet in der Art mehr für als gegen uns, indem die Grundsätze bei der Verpfändung einer fremden species und der bona futura im Allge-

44) Arg. l. 2. in fine D. 20, 4.

Digitized by Google

meinen als rein dieselben anerkannt werden, und da bei der Verpfändung einer fremden species der Anfang des Pfandrechts nicht zweifelhaft ist. Die prägnanteste Stelle für unsere Ansicht ist immer die l. 7. §. 1. D. 20, 4., obgleich sie nichts weniger ad directe sich ausspricht, sondern nur auf unsere Ansicht schließen läßt [45]). Das Factum ist auch hier nicht hell genug vorgetragen; denn der Umstand, wenn er gleich von secundärer Wirkung ist, welcher von der Stelle: „non enim multum facit" an vorkömmt, hat Manchen verführt, anzunehmen, daß der sogenannte Generalpfandgläubiger ein Pfandrecht am gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen in unserem Falle gehabt habe. Allein es ist ausdrücklich nur von den quae habiturus sum die Rede. Also muß etwa so geschlossen werden: das Geld war dem Pfandrechte des sogenannten Generalkreditors deßhalb unterworfen, weil es nach der Verpfändung eingenommen war, und wenn daher der Jurist in Beziehung auf die Concurrenz mit dem Specialpfandrechte an einem zu erwerbenden fundus die beiden Gläubiger gleich stellt, so soll zu Gunsten des sogenannten Generalgläubigers nicht gesagt werden können, das Geld, womit der fundus erkauft worden, sey ihm verpfändet gewesen; denn der Grundsatz habe hier keine Bedeutung res succedit in locum pretii. Im übrigen ist bekannt, wie die Gegner unserer Ansicht eine ursprünglich gleichzeitige Verpfändung an den sogenannten General- und Specialpfandgläubiger annehmen, ferner, wie sie das concurrere im deutschen, aber nicht im römischen Sprachgeiste verstehen, wobei man freilich zugeben kann, daß es auf den Gegenstand seiner Bedeutung zunächst ankömmt, indem z. B. bei dem concurrere actiones der Ausdruck oft weiter ist; aber in unserer Stelle und in dem treffenden Pandektentitel soll entschieden werden, qui potior jure, und diesem Gedanken gegenüber ist das concurrere hier aufzufassen. Ueber Alles

45) Eine sehr gute Erklärung dieser Stelle gibt Harmenopulos lib. III. tit. 5.

Digitized by Google

dieses hat sich schon Hepp a. a. O. des Archivs verbreitet, und gewiß so viel dargethan, daß der Jurist wahrscheinlich von unseren Grundgedanken ausgegangen ist.

B. Wenn man nun nach dem Principe fragt, aus welchem die Römer unsere These vertheidigt haben mögen; so werfen sich die Meisten in den Grundsatz von der Wirksamkeit der Bedingungen, wornach bald die Bedingung retrotrahirt wird, bald nicht. Wir glauben in diesem Punkte, daß im Gebiete dinglicher Rechte nicht dieses Princip, sondern ein anderes natürlicheres, für dingliche Rechte passenderes in Betracht komme: **nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.**

Daraus folgt:

a) die bestimmte Vorschrift, daß bei der Verpfändung einer fremden species die Clausel ausdrücklich gemacht werden muß: **si res mea fuerit**, also zeigt sich schon dadurch, daß nicht die Bedingung an sich die wirkende Ursache hier ist, sondern daß die Bedingung selbst von einem andern Rechtsprincipe abhängt;

b) wenn bei einer allgemeinen Verpfändung, die ausdrücklich auf alle künftig zu erwerbenden Sachen geht, jene Bedingung subintelligirt wird, oder vielmehr durch diesen Gedanken selbst ausgedrückt ist, so steht wieder im Hintergrunde das Hauptprincip der dinglichen Rechte, die nur an species eigentlich statt finden können, und daher wie bei dem allgemeinen Pfande immer nach species dinglich realisirt werden müssen, daß nur derjenige dingliche Rechte ertheilen kann, welcher Eigenthümer der bestimmten corpora ist.

Es ist eine bekannte Streitfrage, in wie weit der Anspruch an eine Sache, die nicht wahres Eigenthum ist, auf indirektem Wege das Pfand bei Kräften erhalte, und man sieht z. B. aus der l. 21. §. 1. D. 20, 1., welche prozessualische und civilrechtliche Vorstellung hier zu Grunde gelegt wurde; man sieht ferner aus l. 1. pr. D. h. 1., wie für einen schwierigeren Fall die Aequität mit dem eigentlichen Rechte sich

Digitized by Google

stritt [46]); und man sieht endlich aus diesem Allem, wie nur das Eigenthum des Verpfänders das Pfandrecht, und namentlich dessen Anfang als dingliches Recht verbürgt.

Bei dieser Gelegenheit ist der nur von Baumbach nicht übersehenen von Makeldey in einer Recension [47]) vorgebrachten Ansicht zu gedenken, wornach das Pfandrecht an einer fremden Sache, wenn der Verpfänder eine Forderung darauf hat, mit der Zeit der Verpfändung sich datiren, und nicht erst mit der Zeit der Eigenthumserwerbung antreten soll. Makeldey bezieht sich vorzüglich auf die l. 3. §. 1. D. 20, 4.

Aber diese Stelle scheint uns einen ganz singulären Fall zu enthalten. Es ist nämlich bekannt, daß

a) ein non dominus wegen Verpfändung der fremden Sache in Contractshaftung immerhin kömmt, und daß, wenn ein non dominus zweien zu verschiedenen Zeiten die fremde Sache verpfändet hat, die Forderung desjenigen, welchem sie zuerst verpfändet wurde, die bessere ist [48]). Es ist aber natürlich hier nicht von einem dinglichen Pfandrechte und dessen Vorzuge die Rede;

b) daß, wenn der non dominus das Eigenthum der verpfändeten fremden Sache erwirbt, das dingliche Recht aus dem früheren Akte der Verpfändung doch nur entsteht, wenn die Bedingung, si res mea fuerit, ausdrücklich beigefügt war;

c) daß, wenn der verpfändende non dominus einen Anspruch auf die verpfändete Sache hat, das dingliche Pfandrecht auch ohne Beifügung der eben erwähnten Bedingung aus Aequität gültig wird, wenn der Verpfänder die Sache erwirbt.

Nun aber entsteht die Frage, wenn ein solcher zweien zu verschiedener Zeit ein Pfandrecht zugesichert hat, und er

46) Darüber vergleiche man besonders Cujacius ad lib. XI. Resp. Papiniani. ed. Neap. IV. tom pag. 1283 (eine unvergleichliche Darstellung der Entwickelung römischer Rechtssätze.)

47) Heidelberger Jahrbücher 1817 S. 629.

48) L. 14. D. 20, 4.

Eigenthümer der Sache wird, von welcher Zeit an datirt sich das dingliche Recht, und geht einer dem andern vor? Diese Frage ist in unseren Quellen nicht entschieden, wenn man nicht unsere Stelle als entscheidend in diesem Umfange ansehen will. Aber sie enthält nicht eigentlich unsern Fall, vielmehr geht sie darauf, daß wenn vor Erlangung des Besitzes die Pfandzusicherung an der durch einen Prokurator erworbenen Sache geschehen ist, und nach der Erlangung des Besitzes eine förmliche pignoris datio statt fand, doch der, dem zuerst die Pfandversicherung geschah, der bessere Pfandgläubiger seyn soll, wenn nicht der Prokurator mit des Andern Geld hinsichtlich des Kaufpretii abgefunden wurde. Auch diese Stelle enthält im Grunde ein nicht klar genug ausgedrücktes Factum, welches ganz anders von der Glosse, als von unserm großen Interpreten Cujacius aufgefaßt wurde. Der Letztere hat mit Grund den Accursius zu Recht gewiesen, aber seine eigene Interpretation und namentlich seine Gründe sind schwankend und unsicher. An verschiedenen Stellen seiner Werke [49]) kömmt er immer darauf zurück, die beiden Pfandrechte seyen gültig, das erste sey freilich ein blos persönliches Recht vor der Erwerbung des Eigenthums durch den Verpfänder; aber man könne ja auch nomina verpfänden; sofort hänge mit der Erwerbung der Sache nichts mehr davon ab, daß das erste Pfandrecht nur durch Vertrag, das zweite durch wirkliche Uebergabe vollzogen worden sey, weil die Natur des dinglichen Rechts nicht durch die Uebergabe bedingt sey. Wir denken uns die Sache so: In dem vorliegenden Falle, wo der Verkäufer durch die Ueberlassung der Sache an den Prokurator des Käufers kein Recht an der Sache mehr hatte, war die Verpfändung durch den Käufer wenigstens eben so gut, als die mit der ausdrücklichen Bedingung: si res mea fuerit. Wie nun dem Käufer die Sache durch den Prokurator ausgeliefert wird, entsteht eo ipso

49) Ed. Neap. IV. pag. 1282 1293 (in lib. XI. Resp. Pap. ad leg. 1. 20, 1. leg. 3. 20, 4.); dann tom IX. pag. 1204 (ad tit. 8. cod. tit. 15 und 23.)

Digitized by Google

das dingliche Recht, und wenn hierauf [50]) der Käufer die Sache zum zweitenmal verpfändet; so ist dieses in der That das der Zeit nach zweite dingliche Recht, welches nur etwas zum voraus haben kann, wenn ein besonderer anderer Prioritätsgrund, wie die Bezahlung des Kaufpreises und folglich die Anschaffung der Sache mit dem Gelde des Gläubigers nachzuweisen ist. Hieraus geht hervor, daß durch diese Stelle keine Beschränkung der allgemeinen Regel nachzuweisen ist, wornach Niemand ein dingliches Recht auf einen Andern übertragen kann, der selbst keines an der fraglichen Sache hat.

Zuletzt nur noch die Bemerkung, daß, so ausgedehnt eine sogenannte Generalhypothek seyn mag, also wenn sie **omnia, quae debitor habet habiturusve est**, enthält, doch im Falle seines Todes und des Eintritts seines Erben die Sache nicht so angesehen werden darf, daß die Sachen, **quae ex bonis defuncti non fuerunt**, sondern **postea ab herede ex alia causa acquisita sunt**, dem Pfandrechte unterworfen wären. Die **generalis conventio** erstreckt sich also immer nur auf das Vermögen des Contrahenten, nicht seines Erben, am wenigsten auf dasjenige, was der Erbe nach dem Erbschaftsantritt **ex alia causa** bekömmt, wenn der Verstorbene nicht im Testamente dem Erben darauf zu Gunsten seiner Gläubiger ein Pfandrecht aufgelegt hat [51]).

§. 4.

Erst jetzt, nachdem die Verschiedenheit der Pfandrechte in Hinsicht auf das Objekt derselben nach Umfang und Rechtsfolgen gehörig bestimmt ist, kann die eigentliche Bedeutung der Worte **generaliter** und **specialiter obligare** gehörig untersucht werden. Es trifft sich hier, wie bei jeder Eintheilung in zwei Glieder, daß das eine Glied der direkte Gegensatz des andern ist, und seyn muß. Daher kömmt es überall nur darauf an, dasjenige Glied vorerst zu unter-

50) **Post traditam possessionem (i. e. a procuratore.)**

51) **L. 29. pr. D. 20, 1.**

Digitized by Google

ſuchen, deſſen Bedeutung durch ſeine poſitive Richtung mehr in die Augen ſpringt. Dies iſt in unſerm Falle der Ausdruck specialiter.

A. Der Ausdruck „specialiter“ ſteht oft ohne Gegenſatz von „generaliter“ und will dann im Allgemeinen anzeigen, daß auf irgend einen Punkt ausdrücklich oder vorzugsweiſe Rückſicht genommen ſey — speciatim iſt daher ſo viel als nominatim. Hieher gehört z. B.

l. 1. §. 2. D. 20, 1.

wo das Wort nominatim in dieſer Bedeutung wirklich vorkömmt, ferner

l. 29. §. 1. D. eod.

wo das Wort specialiter blos ſo viel als expressis verbis bedeutet, und wo der Gegenſatz zum ganzen Vermögen gar nicht denkbar iſt, ſondern nur der der Acceſſionen zur Hauptſache. Ebenſo bedeutet in der

l. 6. D. 20, 2.

das Wort specialiter nichts anders, als das „ausdrücklich“ im Gegenſatz zum tacite, welches hier genau zu erkennen iſt, und man ſieht dies noch überdies in der darauf folgenden Stelle, wo in ganz gleicher Richtung für specialiter nominatim geſetzt iſt. Dazu kömmt noch die

l. 9. D. eod.,

wo ein Gegenſatz zwiſchen der ſpecialiter eingegangenen Verpfändung, was hier manifestarium pignus heißt — und einer ſtillſchweigenden Verpfändung mit der eigenen Rechtsfolge vorgetragen iſt, daß im erſten Falle die propter pensionem verpfändeten Sklaven nicht könnten freigelaſſen werden, wohl aber im andern Falle, ſo lange als das Pfandrecht nicht geltend gemacht ſey.

Dieſelbe Bedeutung des „specialiter“ als ausdrücklich im Gegenſatze zu der ſtillſchweigenden Verpfändung kömmt auch im Codex vor z. B.

l. 2. 5. [52]) Cod. 8. 15.

---

52) Wegen der letztern Stelle Caplick pag. 57.

Digitized by Google

und wir haben diese klare Bedeutung des Wortes nur deßhalb hervorgehoben, weil man immer wieder glauben machen will, der Ausdruck „specialiter obligare“ habe dieselbe ausschließende technische Bedeutung bei den Römern gehabt, die in unsern Amtsstuben vorkömmt.

Wenn nun das Wort „generalis“ eben so häufig gebraucht wird, so bemerken wir vor allem, daß es seine Beziehung als Beiwort zur conventio hat, aber in der Richtung, um anzuzeigen, daß das Objekt des Vertrags nicht individuell bestimmt, sondern nach einer Gattungsbezeichnung angenommen ist. Es kömmt daher wohl vor:

generalem conventionem sufficere

l. 29. pr. D. 20, 1.,

aber der Ausdruck war sowohl unter den Pandectenjuristen als in den Constitutionen nicht fest technisch, sondern gewann seine Bestimmung erst durch den Beisatz quae quis habet oder quae habiturus est, oder durch die Verbindung beider Formen. Hieher gehört

l. 6. 8. D. 20, 1.

Die beste Vorstellung von dem so natürlichen Gegensatze des specialiter und generaliter erhält man aus

l. 15. §. 1. D. h. t.

wo statt des „generaliter“ die cetera bona, quae nunc habet et quae postea acquiserit, den rebus specialiter hypothecae nomine datis entgegengesetzt sind.

In derselben Beziehung wird von einem generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis gesprochen

l. 5. Cod. 8. 17.

aber gewiß ist, daß man höchst selten das „generaliter“ für sich allein gebrauchte, sondern vielmehr das Objekt selbst ausdrückte, und die daraus folgende Unbestimmtheit hinsichtlich der Objekte der Pfandvollziehung durch das Beiwort „generalis“ charakterisirte. Hie und da finden wir den Ausdruck im Sinne des modernen Gebrauchs, z. B.

l. 4. Cod. 8. 17.

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit.

Digitized by Google

Es scheint uns nämlich mit der Ausdehnung des Pfandrechts auf nomina eben so ergangen zu seyn, wie mit der Ausdehnung des ususfructus auf nomina, d. h. so, daß Nießbrauch und Pfandrecht am ganzen Vermögen bestellt wurden.

B. Wenn wir nun aus dem Inhalt der hier angeführten Stellen einen Schluß ziehen sollen, so ist gewiß,

a) daß Schrader Unrecht hat, wenn er aus der Bedeutung des Wortes specialiter in jenen Stellen, wo es einen Gegensatz zum generaliter gar nicht darbietet, z. B. l. 6. D. 20, 2. darthun wollte, daß die Römer unter einem Generalpfand etwas anders, als ein Vermögenspfand verstanden hätten. Dagegen

b) ist es nicht minder gewiß, daß das sogenannte Generalpfandrecht nicht die technische Bedeutung unserer Zeit im Corpus juris civilis hat, denn

α) war vor der Justinianischen l. 9. Cod. 8, 17. ein dreifaches Vermögenspfandrecht denkbar, nämlich an den res praesentes für sich, an den res futurae ebenfalls für sich, und dann zusammen an den res praesentes et futurae;

β) hatte man in der That andere technische Ausdrücke für dasjenige, was wir Generalhypothek nennen; nämlich quae habeo habiturusve sum;

γ) drückte das generaliter nicht die Beziehung zum Vermögen als Pfandobjekt, sondern die Beziehung zu dem speciellen Gegenstande aus, den der Gläubiger kraft seines Vermögenspfandrechts in Anspruch nehmen wollte, z. B. nomen generaliter obligatum est.

§. 5.

Nunmehr ist noch ein Blick auf die wichtigsten speciellen Argumente der Merz'schen Dissertation zu werfen:

1) Es wird behauptet, in der l. 11. §. 2. D. 20, 4. sey das Specialpfand auf das bestimmteste den inductis et illatis des coloni entgegengesetzt, also dieser Theil des Vermögens

Digitized by Google

als ein Generalpfand angesehen. Caplick [53]) bestimmt den Gedanken des Juristen so, daß das Wort specialiter gar nicht einen Gegensatz des Objekts, sondern des Umstands, daß die inducta unter der Bedingung der Induction, eine dazu gehörende Sache aber *specialiter pure* verpfändet worden sey, bilden solle. Das specialiter pure würde also hier so viel heißen, als „ausdrücklich unbedingt."

Wenn wir diese Interpretation auch nicht natürlich finden, sondern der Meinung sind, daß das „specialiter" für rem specialiter oder speciem steht, so folgt noch nicht daraus, daß die Römer die illata und inducta zu den Generalpfandrechten gestellt hätten, denn was hinderte den Juristen, sich so auszudrücken; wenn dem A das gesammte Inferirte, dem B eine Sache davon insbesondere, oder dem B eine einzelne Sache davon verpfändet ist. Das „specialiter" drückt hier allerdings einen objektiven Gegensatz aus, aber nicht gerade den, welchen die Römer unter dem Namen der generalis conventio de omnibus bonis besonders hervorzuheben Ursache hatten. Ist das Wort specialiter nicht selten anerkannt für expresse, nominatim u. s. w. gebraucht worden, warum sollte es nicht auch mehrdeutig in Beziehungen des objektiven Gegensatzes, wo an sich der Begriff und sein Umfang relativ ist, seyn? Damit ist aber noch nicht über die Bedeutung des Wortes generalis entschieden, denn dieses Wort kann eine absolute Bedeutung haben, und unsere Stelle beweist nicht das Gegentheil.

2) Unser Gegner sucht durch die Beziehung der l. 9. D. 20, 2. und der l. 29. pr. D. 40, 9. aufeinander zu beweisen, daß das Pfandrecht an d invectis und illatis ein Generalpfandrecht sey; denn in der erstern Stelle sey gesagt, daß ein mit den invectis verpfändeter servus, so lange das Pfandrecht an ihm nicht durch specielle Versicherung seiner Person geltend gemacht sey, vom Pfandschuldner gültig manumittirt werden könne; nun heiße es in der l. 29:

53) Pag. 51. 52. seiner diss.

Generaliter pignori datus servus, sine dubio pleno jure debitoris est, et justam libertatem ab eo consequi potest — es sey dieses sicherlich derselbe Fall, wie in der l. 9., und damit die Bedeutung des Generalpfandrechts für die invecta erwiesen. Allein man darf nur die Gründe der beiden Stellen ansehen, um einen solchen gewaltsamen Schluß nicht anzuerkennen. In der ersten Stelle heißt es, daß ein servus, weil er im Miethobjekte wohne, ob pensionem noch nicht dergestalt verhaftet sey, daß er nicht manumittirt werden könne, sondern das Hinderniß trete nur dann ein, wenn die pensio nicht nur nicht gezahlt, sondern auch deßhalb auf das Individuum des Sklaven der Sicherheitsanspruch geltend gemacht sey. In der andern Stelle heißt es: eine Verpfändung, die nicht speciell auf den servus ausgedehnt sey, lasse dem Herrn das Recht, den servus zu manumittiren. Dabei ist auch nicht zu übersehen, daß man den favor libertatis überall im Auge hatte, und bei entgegenstehenden Grundsätzen die Freilassung ganz verhindert gewesen wäre, weil eine Freilassung mit Vorbehalt, ähnlich dem Verkauf cum onere pignoris, nicht möglich war. Die Beziehung beider Stellen auf einander zu jenem Zweck ist daher mit Nichts erwiesen.

3) Vorzüglich beruft sich Merz darauf, daß jedenfalls der Ausdruck „generaliter obligare“ auf die Verpfändung der omnes res praesentes gegangen sey, und folglich immerhin das eigentlich ganze Vermögen, wie die Neueren meinen, nicht umfaßt habe. Dies sey auch zu ersehen an l. 8. D. 20, 1. — Dieser Ansicht wollen wir für das vorjustinianische Recht nicht zuwider seyn, denn in der That beweist das Argument Caplicks, welches dieser von der Glosse zu l. 15. §. 1. D. 40, 1. entlehnt hat, nichts — wornach nämlich aus Rücksichten auf die Beweisführung nothwendig die Verpfändung der omnia, quae habeo habiturusve sum — allen übrigen Verpfändungen, namentlich auch der omnia, quae habeo habe entgegengesetzt werden müssen. Wer hat nämlich behauptet und bewiesen, daß die Begriffe generalis und specialis aus dem Standpunkte der Beweisführung ihre technische Bedeutung erlangt hätten?

Digitized by Google

4) Noch beruft sich Merz auf die so sehr bestrittene l. 2. D. 20, 4., woraus man klar sehe, daß dem Generalpfand noch die Verpfändung anderer Güter gegenüber gesetzt werde, folglich unter dem Generalpfand nicht die Verpfändung des ganzen Vermögens verstanden seyn könne. Wir wollen mit ihm annehmen, daß es auch das zweitemal „generaliter" heißen müsse, und daß die Umkehrnng des Cujacius und Faber in „specialiter" weder auf Auctoritäten beruhe, noch als überhaupt ungewaltsam angesehen werden könne; so folgt doch nicht aus der Stelle, was er behauptet. Die Stelle sagt nämlich: Wem das Vermögen seines Schuldners überhaupt verpfändet ist, hat vor demjenigen, welchem ein Grundstück daraus später verpfändet wurde, ein Vorrecht, auch wenn die Bezahlung aus dem übrigen Vermögen geschehen könnte. Wäre aber eine ausdrückliche Verabredung dahin eingegangen, daß nur dann zu dem andern Vermögen gegriffen werden dürfe, wenn der Erlös aus demjenigen, was von dem Generalpfand verkauft worden ist, nicht in den Händen des Gläubigers bleiben kann, so versteht sich, daß wenn die Bedingung dieses Vertrags, d. i. dieser Nebenvertrag, selbst deficirt, der auf eine einzelne Sache später angewiesene Gläubiger nicht eigentlich zweiter Gläubiger, als vielmehr einziger Gläubiger ist. Hiernach enthält diese Stelle kein Wort von dem, was Merz darin findet. Man muß nur wissen, daß der hingeworfene Satz „quae generaliter accepit" nicht blos ausdrücken kann, was er als Generalpfand empfieng, sondern auch, was er aus dem Generalpfand erhielt — denn es ist ja bekanntlich von einem nomen generaliter obligatum und von andern rebus generaliter obligatis die Rede; aber unzweifelhaft folgt unser Sinn daraus, daß von dem Erlöse die Rede ist, welcher aus dem Generalpfand gezogen wurde, so daß doch nicht anders als an den Verkauf einzelner Sachen aus dem Vermögen gedacht seyn kann, was auch die beiden großen Männer Cujacius und Faber bestimmte, anzunehmen, es sey hier von empfangenen und verkauften species die Rede, und müsse daher specialiter

Digitized by Google

heißen. Daher stimmen wir in Hinsicht auf den Inhalt der Stelle mit ihnen überein, wenn wir auch glauben, daß generaliter gelesen werden könne.

5) Caplick führt noch eine Stelle aus dem Codex an, l. 5. Cod. 8, 15., woraus es scheinen möchte, als seyen die inducta et illata als ein Gegenstand des Generalpfands angesehen worden, weil der Verpfändung der inducta et illata im Allgemeinen die specielle Verpfändung dieser Dinge entgegengesetzt wird, und weil sogar Cujacius glaubt, daß hier eine doppelte ausdrückliche Verpfändung wegen des Wortes „placuerat" angenommen werden müsse; aber schon die Glosse versteht hier das Wort „specialiter" für expresse, und nach unserer obigen Entwicklung ist die Sache um so weniger bedenklich, als das Wort specialiter nicht immer auf den direkten Gegensatz des generaliter schließen läßt. (§. 4. A.)

§. 6.

Wir wollen hier nicht darauf zurückkommen, welchen Zwang Merz vielen Stellen angethan hat, die von der generalis conventio eorum quae habeo habiturusve sum sprechen, indem er meint, noch sey nicht erwiesen, daß hier von dem ganzen Vermögen die Rede sey, wenigstens wenn das omnia nicht dabei stehe, indem man sich auch denken könne, daß einzelne res, die man habe und erwerben werde, d. i. Sachen, nicht alle die Sachen verpfändet würden, so daß eine Unbestimmtheit und nicht die generelle Bestimmtheit darin liege; aber hier ist schon die fast nicht nöthige Widerlegung dem Hrn. Dr. Caplick vollkommen gelungen [54]). Auch ist nicht darauf zu bauen, daß die Formel von Vielen so ausgedrückt wird „quae habeo habiturusve sum," indem das ve oft so viel als que bedeutet, besonders in jenen Beziehungen, wo das „und" und „oder" zugleich ausgedrückt werden soll, wie z. B. bei dem ex sobrino sobrinave natus. Wir wollen, wie schon oben angeführt ist, gerne zugeben,

54) §§. 7. 8. seiner Dissertation.

daß vor Justinian der Begriff „generalis hypotheca" nicht so fest technisch war, wie er auf der Grundlage der eben auszulegenden l. 9. Cod. 8. 17. werden konnte, und daß man folglich im generellen oder Vermögenspfand die hypotheca eorum, quae habeo von der hypotheca eorum, quae habeo habiturusve sum theoretisch und praktisch unterscheiden mußte, aber daraus folgt einestheils nicht so viel, als Merz behauptet, anderntheils aber doch so viel, daß man nicht mit Caplick annehmen kann, die Stellung unseres Rechts über den Begriff von Generalhypothek sey in den Schriften der Pandectenjuristen und in den Constitutionen vor Justinian schon vorhanden gewesen. Dies besonders wird der Blick auf die l. 9. Cod. 8. 17. am besten bewähren.

§. 7.

In dieser berühmten Stelle, welche so lautet:

> Si quis in cujuscunque contractus instrumento ea verba posuerit, Fide et periculo rerum ad me pertinentium vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit justum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto tam praesentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.

sind zwei verschiedene Punkte besprochen.

a) Es solle nichts mehr auf die formulae oder verborum conceptiones ankommen, sondern Alles allein auf den Willen der Partheien. Daher solle jede Erklärung, daß man mit seinem Vermögen für eine Forderung stehe, als eine Verpfändung angesehen werden, und es einer weitern speciellen Verpfändung nicht bedürfen.

Digitized by Google

b) Auch solle bei einer Verpfändung des Vermögens ohne ausdrückliche Erwähnung des gegenwärtigen und zukünftigen kraft des Gesetzes angenommen werden, daß die Verpfändung sich auch auf die zukünftigen Vermögenstheile erstrecke.

Dabei ist es unserm Justinian wie fast immer ergangen, er hat sich unklar ausgedrückt, z. B. nichts darüber bestimmt, wenn Jemand blos sein gegenwärtiges Vermögen verpfänden wolle, folglich das zukünftige ausdrücklich auszuschließen gedenke. Anzunehmen ist aber, daß dieses nach Justinian wie vor demselben sollte geschehen können, und daß nur eine praesumtio juris dafür statuirt sey, daß unter dem Vermögen ohne nähere Bezeichnung sowohl das gegenwärtige als zukünftige verstanden werde. Diese Präsumtion führte aber sehr natürlich dahin, daß die Vermögenspfandrechte insgesammt das gegenwärtige und zukünftige Vermögen einschlossen, weil kein Gläubiger so leicht gesonnen seyn dürfte, sich auf das gegenwärtige Vermögen eines Schuldners so anweisen zu lassen, daß an die Stelle der austretenden Vermögenstheile nicht wieder die eintretenden kommen sollten. Vielmehr bildete sich jetzt der sehr natürliche Gegensatz zwischen der Verpfändung einzelner Vermögensobjekte und des ganzen Vermögens als universum jus debitoris. Dem Geiste dieser Constitution ist es also zuzuschreiben, daß das Generalpfand die streng technische Bedeutung als eine Hypothek am ganzen Vermögen erhielt, und demnach von den Glossatoren an sowohl in der Theorie als in der Praxis aufgefaßt wurde. Die Verwirrung der Begriffe und die unklaren Vorstellungen, welche uns die Dogmengeschichte nach Caplicks genügender Ausführung darbietet, kommen daher, daß man die Verpfändungen der sogenannten universitates rerum mit dem Vermögenspfand in Berührung brachte, wie z. B. Bachov in seinem Buche de pignoribus et hypothecis lib. 2. c. 5. §. 2. 3. [55]) sagt:

---

55) Man vergleiche auch etwa die Dissertation von Hert über den Unterschied der General- und Specialhypothek in seinen

haec hypotheca (gregis) similis quadantenus est et affinis hypothecae generali und

non omnino dissimilis pignori gregis est pignus tabernae quod et ipsum quadantenus sapit naturam hypothecae generalis.

Viele nannten eine obligatio universitatis eine universalis hypotheca, und dachten nicht darauf, daß eines solchen Ausdruckes wegen schwerlich allgemeine Rechtsfolgen entstehen könnten, wo die Natur der Sache solche nicht zuließ.

Auch wurde eine falsche Analogie zum Vermögenspfand oder zu der sogenannten generalis hypotheca statuirt, und dadurch Alles in einander geschoben. Ebendeshalb haben wir unsere Untersuchung mit der Erörterung über das Pfandrecht an den universitates begonnen, sofort den exegetischen Theil, so weit er die Worte specialis und generalis betrifft, folgen lassen, und konnten aus diesen beiden Prämissen wenigstens so viel gewinnen, daß nunmehr der rechte Standpunkt der Frage hervortritt. Dieser ist, ob das corpus juris eine wahre Veranlassung gegeben hat, daß man das Pfandrecht am ganzen Vermögen (gegenwärtigen und zukünftigen) jedem andern Pfandrecht entgegenstellt? Diese Frage müssen wir zwar im Geiste der l. 9. Cod. cit., die selbst ihre Veranlassung im vorausgegangenen Recht hat, bejahen, aber zugleich anführen, daß die Theorie dieser Unterscheidung bei den Römern nicht jene Ausbildung erlangt hat, deren sie fähig ist. Dieses geht schon daraus hervor, daß einige Neuere ein sogenanntes gemischtes Pfandrecht gegen den Erben auf das Vermögen aus der Erbschaft annehmen konnten, was sicherlich gegen den Sinn jener Unterscheidung ist. Auch erkennt man dieses aus der Ansicht der neueren Gesetzgebungen über die Specialität des Pfandrechtes, indem man hier nicht recht begriffen zu haben scheint, wie, wenn die Sicherheit durch das

opusculis tom II., eine sehr schwache Arbeit, wo zwei Arten von Generalpfandrechten unterschieden werden, wovon die eine das Vermögenspfandrecht, die andere das Pfandrecht der taberna und grex enthält.

Digitized by Google

Pfandrecht der höchste Zweck des Instituts ist, und dieser den Zwecken bequemer politischer Einrichtungen vorgesetzt werden muß, lange nicht bei der ausschließenden Specialität jener Effekt erreicht werden kann, welchen oft ein Vermögenspfandrecht an sich, jedenfalls aber die Verbindung eines Special- mit einem Generalpfandrechte gewährt. Daher bin ich geneigt, auch hier einen Rückschritt zum römischen Recht den gesetzgebenden Dictatoren der Zeit zu empfehlen, was noch klarer werden wird, wenn wir die großen Fortschritte der neuen Einrichtungen im Gebiete des Pfandrechts näher geprüft haben.

§. 8.

Es ist, wie sich dies auch bei so vielen andern Gelegenheiten im neueren Rechte gezeigt hat, eine vergebliche Mühe — in den alten Quellen des germanischen Rechts schon die Richtung für die Institutionen der Gegenwart in Hinsicht auf das Pfand- und Hypothekenrecht zu finden. Ein oder der andere Gedanke des Alterthums bleibt stehen, Sinn und Geist der Sache aber verändert sich. Wer möchte in dem Umstande, daß die gerichtliche Auffassung aus uralter Zeit kömmt, und oft auch nicht einer wirklichen Rechtsübertragung als einer bloßen Rechtssicherheit wegen angewendet wurde, behaupten, daß das System der neueren Hypothekeneinrichtungen auf germanischem Boden erwachsen sey? In der That hat das römische Recht auch hier die festesten Wurzeln geschlagen, und die neueren Gesetzgebungen enthalten somit hier nur einige neuere Einrichtungen auf römischer Grundlage.

Um unsere Ansichten gleich zu beweisen, wollen wir mit dem preußischen Rechte, welches in dieser Lehre die Bahn brach, den Anfang machen.

Das preußische Recht hängt unverkennbar in den Grundprinzipien des Pfand- und Hypothekenrechts am römischen Rechte; denn es hat nicht nur eine Reihe allgemeiner Sätze über die Gültigkeit und Wirksamkeit des Pfandrechts vom römischen Rechte geborgt, sondern der Unterschied in das

Digitized by Google

Uebergabspfand und in die Hypothek ist ebenfalls römisch. Was ihm dagegen eigenthümlich ist, gehört nicht den grauen Zeiten der germanischen Vergangenheit, als vielmehr einer richtigen Einsicht der Bedürfnisse der Gegenwart an. Dabei muß man in Beziehung auf den preußischen Staat anerkennen, daß Alles, was mit administrativen und rechtspolizeilichen Rücksichten zusammen hängt, am ersten im neueren Europa durch Takt und Thätigkeit der preußischen Regierung gefördert worden ist. Die schon im Jahre 1783 erlassene Hypothekenordnung setzte eigene Rechtsgrundsätze für das Hypothekenwesen voraus. Wir heben mit Rücksicht auf das Landrecht hier nur diejenigen hervor, welche sich auf das Thema unserer Abhandlung beziehen [56]).

Das preußische Recht nimmt eigentlich drei Arten von Pfandrechten an.

1) Das Uebergabspfandrecht, welches sowohl an beweglichen als unbeweglichen Sachen statt findet, und welches im preußischen Landrecht durch den Unterschied der wahren und der symbolischen Uebergabe eine besondere Bedeutsamkeit hat. Durch die symbolische Uebergabe nämlich werden eine Reihe von Gegenständen des Uebergabspfandrecht fähig, welche nach römischem Rechte dessen nicht fähig sind, und das preußische Landrecht hat durch einen nicht römischen und nicht durchaus glücklich verarbeiteten Begriff eine Lücke ausgefüllt, die sonst durch die Beschränkung der Hypothek auf Grundstücke und Grundgerechtigkeiten entstanden seyn würde. So werden z. B. Kapitalien durch eine symbolische Uebergabe verpfändet.

2) Die Hypothek, welche nicht mehr, wie bei den Römern, durch die bloße Anweisung constituirt wird, sondern durch eine unter bestimmten Förmlichkeiten erfolgende Inscription

56) Wenn Hugo in §. 13. seines Naturrechts IV. Ausgabe meint, eine der besten neuen Einrichtungen, die Hypothekenbücher, sey schon in Platon's νομοι zu finden, so ist doch sehr natürlich kein historischer Zusammenhang der neuen und alten Welt hier nachzuweisen.

Digitized by Google

in öffentliche Bücher, über deren juristische Natur und Zweck wir weiter unten reden werden.

3) Das Vermögens- oder Generalpfandrecht. Ein solches kann bestellt werden durch Gesetz und Vertrag, und erzeugt ein wahres Pfandrecht auf die in den Händen des Verpfänders zur Zeit der Geltendmachung des Rechts befindlichen Vermögensobjekte, leidet jedoch durchaus in der Concurrenz mit den Rechten Dritter. Deßhalb soll derjenige, welchem ein Generalpfand eingeräumt ist, Bedacht nehmen, sich gegen Dritte durch Uebergabe oder Inscription sicher zu stellen, und dadurch also sein Pfandrecht zu specialisiren. Unter diesen Dritten sind nicht blos andere Pfandgläubiger, sondern auch dinglich Berechtigte jeder Art verstanden, denn ohne Uebergabe oder Inscription hat der Pfandgläubiger kein Recht an den Pfandobjekten, wenn diese in den Händen Dritter sind [57]). Es folgt von selbst hieraus, daß jede Dispostion des Eigenthümers über eine Sache seines Vermögens diese dem Generalpfandrechte entrückt.

Wer wollte von diesem Systeme etwas in dem alten deutschen Rechte suchen? Vielmehr erkennt man, daß das römische Recht in so weit durchaus seinen Einfluß behalten hat, als man nicht etwas Neues machen wollte. Das Neue aber besteht in der symbolischen Tradition, in den Hypothekenbüchern, und dem damit verbundenen beengten Begriffe von Hypothek, so wie in dem ganz eigenthümlichen Verhältnisse des Generalpfandrechts. Vorerst von den Hypothekenbüchern. Die preußischen Hypothekenbücher sind mehr, als ihr Name anzeigt. Durch das preußische Recht läuft die Idee, daß zur Erwerbung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen die Publicität in der Verlautbarung und Eintragung in ein juristisches Grundbuch gehöre, und dieses Grundbuch ist das Hypothekenbuch. Aber auch der Hypothek selbst wegen sollen alle juristischen Eigenschaften eines Grundstücks auf seinem Folium in der zweiten Hauptrubrick nach der Hypotheken-

57) Landrecht I. Theil XX. Titel §§. 9. 10. 400. 402. 413.

ordnung vom Jahre 1783 beschrieben seyn, und endlich muß der Schuldner als Eigenthümer der Sache im Hypothekenbuche selbst vermerkt seyn, wenn die Einräumung einer gültigen Hypothek durch ihn für den Gläubiger statt finden soll [58]). In dieser ausgedehnten Bestimmung des preußischen Hypothekenbuchs rechtfertigt sich der sehr gesunde Gedanke, daß in der Concurrenz der in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuchs eingetragenen Reallasten und der in der dritten Rubrik stehenden Hypothekenposten lediglich die Zeit der Inscription entscheide. Ein Gläubiger, dessen Forderung in der dritten Rubrik früher eingetragen war, als die Eintragung einer Reallast in der zweiten Rubrik geschah, kann, wenn diese Reallast der Grund ist, warum das für das verpfändete Gut gebotene Kaufgeld zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, ein Aufgebot des Guts ohne jene Last verlangen [59]). Uebrigens sind wir der Meinung, daß bei der Bestimmung der preußischen Hypothekenbücher als Bücher für die juristische Statistik der Grundstücke noch Vieles sowohl in der theoretischen Fassung des Landrechts, wie in der mechanischen Ausführung der Bücher zu bessern seyn dürfte. Aber in dem Prinzipe stimmen wir mit dem Herrn von Sethe überein, daß auf direkte oder indirekte Weise die Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels bei dem Grund- und Hypothekenbuche angenommen werden muß [60]).

Nunmehr zu dem Grundsatze der Specialität im preußischen Hypothekenrechte. Gar leicht wird in allgemeinen Vorträgen über den Geist einzelner Lehren neuerer Gesetzgebungen eine schon im voraus gefaßte Idee leichtfertig fortgeführt, ohne daß der innerste Gedankengang der Gesetzgeber, die sich oft im Gemische des Alten und Neuen selbst nicht zur Prinzip-

58) Landrecht I. 20. §. 405.

59) Ministerial-Verordnung v. 24. Mai 1817 v. Kamptz Jahrb. IX. S. 234. Bielitz Commentar IV. Band S. 406.

60) Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts von Simon und v. Strampf I. Band, II. Heft, Nr. VII.

Digitized by Google

festigkeit erhoben, untersucht würde. So ist in der neuesten Zeit vielfach behauptet worden, nach dem preußischen Rechte seyen alle generellen Hypotheken unmöglich; aber es ist dies nur so zu verstehen, daß eine Hypothek als ein Pfandrecht an einem unbeweglichen Gut durch Inscription natürlich sich nicht auf das ganze Vermögen erstrecken kann. Dagegen ist schon oben gezeigt, daß das preußische Landrecht wirklich General- oder Vermögenspfandrechte annimmt. Wir wollen deßhalb auch noch auf die Prozeßordnung I. 50. §. 33. verweisen, wo den Concursgläubigern ausdrücklich kraft Gesetzes ein allgemeines Vermögenspfandrecht mit der Concurseröffnung zugesichert ist, und wenn auch hier eine unrichtige Darstellung gemacht seyn sollte, so hat doch das Generalpfand seine ganz gute Richtung und Bedeutung in dem Rechtsverhältnisse, welches oben aufgeführt ist. Nur so viel ist also wahr, daß in Hinsicht auf concurrirende Rechte Dritter die Specialität des Pfandrechts, welche durch Uebergabe oder Inscription begründet wird, entscheidet, der Pfandvertrag im Allgemeinen aber, und soferne er blos Wirkungen unter den Partheien erzeugen soll, auch durch Beziehung auf das ganze Vermögen geschlossen werden kann, so wie auch kraft des Gesetzes eine solche Verpfändung angenommen wird. Wir wollen indeß damit nicht behaupten, daß der preußische Gesetzgeber seines Zweckes sich hier ganz klar bewußt gewesen sey, vielmehr glauben wir, daß er sich vom römischen Rechte nicht losmachen konnte, so wie dieses auch im sächsischen Rechte der Fall ist, wo zwar durch Vertrag keine Generalpfandrechte bestellt werden können, dagegen viele gesetzliche Generalpfandrechte aus dem römischen Rechte allerdings noch in Anwendung sind [61]). Wenn übrigens diese Generalpfandrechte im preußischen und sächsischen Rechte nicht wären, so würde ein Rechtsunterschied wegfallen, denn man um so

61) Haubold, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts 2te Ausgabe durch Günther §§. 203 und 207. Auch sehr leichtfertig geht hierüber weg Philipps in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts I. Bd. S. 280.

Digitized by Google

gewisser aufrecht erhalten soll, als die Publicität des Specialpfandrechts nicht für Jedermann ist, und man daher auch einen Weg öffnen muß, auf welchem stiller der bessere und vorsichtige Gläubiger — hier also als Generalpfandgläubiger dem bloßen Chirographar vorgeht. Es ist eine bekannte Sache, daß unsere Zeit hinsichtlich der Oeffentlichkeit im Extreme liegt, so, daß die Schattenseite der Sache kaum mehr betrachtet wird [62]); aber je höher die Kultur und die Wohlhabenheit einer Nation steigt, desto zarter wird die Pflanze des öffentlichen Kredits, und desto größer wird die Scheu, wenn auch oft aus einer unnöthigen Eitelkeit erzeugt, von den öffentlichen Schuldbüchern Gebrauch zu machen. Die Franzosen noch in den Stürmen ihrer Revolution haben darauf in ihren Berathungen Werth gelegt, und auch mit Recht in der gänzlichen Vertilgung des römischen Systems eine Beschränkung der bürgerlichen Freiheit gefunden, die am wenigsten im Civilrechte vorkommen soll [63]). Ein angesehener Mann ist genöthigt, eine Ehrenschuld zu machen, aber er will die Inscription der Ehre oder der Kosten wegen nicht, er findet einen Freund, der ihm die Summe vorstreckt, die Inscription nicht, aber doch Deckung vor den täglichen Schulden verlangend, die den Gläubigern reiche Procente abwerfen; sollte hier nicht durch das Institut der Generalhypothek dem billigen und vorsichtigen Manne ein Weg des Vorzugs geöffnet werden, der so eingerichtet werden kann,

62) Mittermaier §. 182. seines deutschen Privatrechts sagt: die Oeffentlichkeit des Buchs ist keine unbedingte, sondern an die Bedingung der Nachweisung eines Interesse an der Einsicht des Buches gebunden, ohne daß es nöthig, das Interesse streng zu beweisen. — Nach unserer Meinung ist mit solchen arbiträren Ansichten dem Leben wenig gedient, denn wie leicht ist es, irgend ein Interesse wahrscheinlich zu machen, oder durch einen solchen etwas zu erfahren, der ein wirkliches Interesse hat. Und was wäre die Publicität in dieser Lehre, wenn sie nicht eine wahre und vollkommene wäre!

63) Vergl. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts II. Bd. S. 65 der dritten Ausgabe.

Digitized by Google

daß weder überhaupt ein Dritter, noch insbesondere ein solcher Gläubiger, der sich durch die Publicität gesichert hat, leidet? Doch nunmehr zu den andern neueren Gesetzgebungen.

§. 9.

Von jeher konnte es dem praktischen Verstande nicht entgehen, daß das römische Pfandsystem auf einem durchaus verschiedenen Prinzipe sich entwickelt hat, nämlich in Italien auf dem Grundsatze des Besitzes der verpfändeten Sache, außer Italien und namentlich in den orientalischen Provinzen auf dem Grundsatze der vertragsmäßigen Anweisung (Hypothek). Jedes dieser beiden Systeme hatte seinen eigenen Umfang, das erstere ging so weit, als Besitz am Pfandobjekte denkbar war, das andere auf Alles, was Gegenstand des Verkehrs und des Werthes ist. Beide vereinigten sich in Hinsicht auf die juristischen Folgen, d. i. der Dinglichkeit des Rechts, aber gewiß nicht mit gutem Grund, denn wenn auch der Besitz in den Händen des Pfandgläubigers dessen Recht hinlänglich Allen bekannt macht, so muß man in Beziehung auf die Hypothek mit Hugo [64]) sagen: Die Entstehung dieses Rechts in seiner ganzen Strenge durch eine heimliche Handlung, oder wohl gar, ohne daß die Partheien selbst darum wissen, ist etwas Fürchterliches. Daher hat der gesunde Verstand der Franzosen bei den beweglichen Sachen von jeher den Gedanken geltend gemacht: Meuble n'a point de suite par hypothèque, d. h. an einer beweglichen Sache kann kein Pfandrecht anders, als durch Uebertragung entstehen. In Hinsicht auf die Immobilien aber hat im neuern Frankreich mit Recht das System der Inscription ebenfalls gesiegt. Die Dinglichkeit des Rechts entsteht aus der Inscription; die Vertragsgültigkeit aber, und das Recht, sich an die Sache zu halten, auch das Vorzugsrecht, soferne die Sache im Besitze des Verpfänders ist, bleibt auch ohne Inscription wirksam. Man kann gegen die Erben des Schuldners

64) Lehrbuch des Naturrechts oder civilist. Cursus IV. Bd. (IV. Ausgabe) §. 273. S. 379.

Digitized by Google

die hypothekarische Klage anstellen, wenn man auch nicht Inscription genommen hat, und der Schuldner kann eine Inscription nicht aus dem Grunde anfechten, weil sie mangelhaft ist [65]). Hiernach sollte man glauben, daß gegen den Schuldner ein Vermögens- oder Generalpfandrecht wirksam seyn könne, und der Streit ist nicht sehr bedeutsam, wenn nicht eine Concurrenz der Chirographargläubiger eintritt. In diesem Falle aber wird ein Generalpfandrecht nicht angenommen werden können, wenn der Satz wahr ist, daß der Unterpfandsgläubiger dem handschriftlichen überhaupt nur in soferne vorgehe, als jener Inscription genommen hat. Man behauptet, es folge dieses schon aus dem Buchstaben der Art. 2106 und 2134. mit Bestimmtheit; aber andere wollen den Sinn und Geist dieser Artikel, welche auf unsern Fall nicht gedacht hätten, erforscht wissen, und unter den Franzosen selbst besteht darüber eine Controverse, die wir hier nicht weiter verfolgen wollen. Genug, daß zu den Schwächen des französischen Pfandrechts auch die gehört, über diesen Punkt nicht gehörig reflektirt zu haben. Es gibt aber im Code civil eine Art von gesetzlichem Generalpfandrecht an den Immobilien, und die Specialität der Inscription steht ihm nicht gegenüber, was übrigens wieder nicht zu den lobenswerthen Seiten der französischen Einrichtungen gehört. Dahin sind nämlich zu erheben die gesetzlichen Hypotheken zu Gunsten der Minderjährigen und Entmündigten, so wie der Eheweiber an den Liegenschaften der Vormünder und Männer [66]). Ueberhaupt hat es den Franzosen nicht geglückt, ihr Pfandrechtssystem auf den Standpunkt zu erheben, auf welchem schon vor ihnen das preußische Recht stand, denn

1) schon die äußere Einrichtung ihres Hypothekenwesens ist sehr fehlerhaft, und wäre es blos deßhalb, weil die Eintragung auf den Namen des Schuldners und nicht auf den Namen der verhypothekirten Sache geschieht. Es ist dieses

65) Zachariä II. S. 96, besonders in der Note 4.

66) Zachariä II. §. 264.

die alte Form der Ingrossation auch nach dem deutschen Gerichtsgebrauche [67]), die aber den Zweck der Publicität und Sicherheit, welcher dabei erreicht werden soll, nicht gehörig fördert;

2) der Gesetzgeber ist sich überhaupt der Bedeutung eines Hypothekenbuches nicht recht bewußt gewesen. Diese nämlich hat einen doppelten Standpunkt, entweder die Sicherheit aller dinglichen Rechte, und damit in der Concurrenz aller dinglichen Rechte unter einander durch die Priorität die Entscheidung in der Collision zu geben, oder die Hypotheken zu verlautbaren, und die Collision unter den Hypotheken zu schlichten. Das französische Recht hat sichtbar nur an das letztere gedacht, und daher die Lehre von den Vorzugsrechten, denen sie stillschweigend hypothekarische Wirkung beilegte, mit in Verbindung gebracht; aber den Hypotheken fehlt es dadurch gar sehr an der Sicherheit ihrer juristischen Grundlage, d. i. an dem Rechtsverhältnisse des Verpfänders zur Sache, zumal wenn man erwägt, daß der Pfandschreiber keine Art von besonderer causae cognitio vorzunehmen hat;

3) das ganze Verhältniß der französischen conservateurs des hypothèques ist auf einem so schlechten administrativen Prinzip, auf so geringer Verantwortlichkeit, auf so wenig Interesse für die volle Sicherheit der öffentlichen Verbürgung errichtet, daß man nur einmal einen Schadloshaltungsprozeß gegen einen französischen conservateur kennen gelernt zu haben braucht, um mit dem Institute unzufrieden zu werden.

4) So richtig der Gedanke der Unterscheidung des Immobiliarvermögens und des übrigen Vermögens bei einer Ueberschuldung ist, und so natürlich dabei die Ansicht ist, daß von dem Immobiliarvermögen dasjenige, was nicht seinen bestimmten Berechtigten hat, der eigentlichen Vermögens- oder Mobiliarmasse zufalle, so wenig sind diese Gedanken benützt worden, um das Concursverfahren nicht nur zur schönen Klarheit zu entwickeln, als auch, um die möglichen Abstufun-

67) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 188.

Digitized by Google

gen in den Sicherheitsmitteln der Gläubiger, namentlich in der Beibehaltung des Generalpfandrechts, die ganz leicht zu bewirken gewesen wäre, einzuführen. Niemand wird daher das französische Recht in dieser Lehre so wenig im Verfahren, wie in der Sache selbst als Muster aufstellen.

§. 10.

Das österreichische Gesetzbuch hat die Specialität des Pfandrechts in seiner Art kurz, aber prinzipfester als alle andern Legislationen ausgesprochen. Die Dinglichkeit des Pfandrechts und überhaupt der Begriff des Pfandrechts, abgesehen von der bloßen obligatio, die aus dem Vertrage entsteht, und die nichts weiter als obligatio ist, kömmt durch die Publicität der wirklichen oder symbolischen Uebergabe, so wie durch die der Einverleibung in die öffentlichen Bücher. Auch gesetzliche Pfandrechte haben ohne diese Publicität keine Wirkung. Die Möglichkeit des Generalpfandrechtes ist nach solchen Prämissen allerdings aufgehoben.

§. 11.

Die neue baierische Hypothekenordnung geht von der altgermanischen Eintheilung des ganzen Vermögens in das unbewegliche und bewegliche aus, und nimmt hiernach an:

a) Das Pfandrecht an einer beweglichen sowohl, als unbeweglichen Sache wird durch die Erlangung des Besitzes daran begründet, wo bei der unbeweglichen Sache in der Regel die Nutzung mit verbunden seyn wird — Faust- und Nutzungspfand.

b) Das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache wird außerdem begründet durch Eintragung in die Hypothekenbücher. Nur die letztere Richtung ist eigentlich Gegenstand der Hypothekenordnung, aber aus dem Geiste dieses Gesetzes folgt schon, daß eben so wenig Generalhypotheken hier denkbar sind, wie die Verpfändung von Sachen, die nicht unbeweglich sind, und Besitz nicht zulassen. Diese Lücke sollte ausgefüllt werden durch die Prioritätsordnung, welche allen Forderungen

Digitized by Google

ihren Platz anweist, aber leider tritt dabei der freie Wille und der concrete Nutzen der Partheien, der durch die Mannigfaltigkeit des rechtlichen Uebereinkommens entsteht, gar sehr in den Hintergrund, und es wird in der That die symbolische Uebergabe des preußischen und österreichischen Rechts, obgleich sie ein juristisches monstrum ist, vermißt.

Das Hypothekenbuch aber hat offenbar nur die Stellung auf Sicherung der Hypotheken. Wenn wir aus einem höheren Standpunkte damit nicht ganz einverstanden sind, so müssen wir doch die Consequenz anerkennen, mit welcher das von dem Gesetzgeber angenommene Prinzip durchgeführt ist.

A. In Beziehung auf das Eigenthum nämlich erwirbt der Besitzer durch die Inscription nicht ein Recht, aber der wahre Eigenthümer, der sich nicht durch eingeschriebene Protestation, welche auch die Verjährung unterbricht, vorgesehen hat, muß die inscribirten Hypotheken und Reallasten anerkennen.

B. In Beziehung auf Reallasten verliert niemand etwas durch die Eintragung, die der Besitzer des Grundstücks geben läßt, aber nicht nur muß der nachfolgende Besitzer und Hypothekgläubiger sie anerkennen, sondern der betheiligte Dritte wird durch eine Exception zurückgetrieben, wenn er sich nicht durch eingeschriebene Protestation gehörig vorgesehen hat.

C. In Beziehung auf Servituten entscheidet ein auch im römischen Rechte bei Legaten an Sachen, die mit dinglichen Rechten Anderer beschwert sind, angenommener Unterschied, ob die Servituten nämlich in Hinsicht auf Werth und Nutzungsertrag in Anschlag kommen oder nicht, denn im letztern Falle soll Alles unabhängig von der Inscription seyn [68]).

Es ist der Mühe werth, diese neueste Hypothekenordnung eines größeren Landes mit ihren eben erwähnten drei Vor-

68) Man vergleiche auch Nibler, systematisches Handbuch des baierischen Hypotheken- und Prioritätsrecht, S. 62 — 64. (§§. 52 — 54.)

Digitized by Google

gängern zu vergleichen. Die kurzen Resultate sind in besonderer Richtung auf den Zweck dieser Abhandlung folgende:

Von ihren deutschen Schwestern, der österreichischen und preußischen Pfandrechtsordnung, weicht die baierische hauptsächlich darin ab:

a) daß das baierische Buch blos ein Hypothekenbuch seyn soll, in Preußen und Oesterreich aber das Grund- und Hypothekenbuch für die gehörige Begründung aller dinglichen Rechte, wenn auch vielleicht noch nicht systemmäßig genug, in Anspruch genommen wird;

b) daß in Preußen und Oesterreich der Mangel der Generalhypothek dadurch weniger fühlbar ist, weil durch die symbolische Tradition die meisten Theile des Vermögens, die keinen eigentlichen Besitz darbieten, einzeln wenigstens in den Pfandnexus kommen können, wodurch die Sicherheit des Realkredits objektiv erweitert wird. Der baierische Gesetzgeber wollte hier in die Prinzipien der übrigen Theile des Civilrechts nicht eingreifen, hat aber seiner Pfandrechtsordnung dadurch Schaden gethan;

c) daß dagegen in Baiern ein gesetzliches Generalpfandrecht an den Immobilien bestimmter angenommen ist, und auch die Abtheilung des Immobiliar- und andern Vermögens bei einem Concurse aller Gläubiger besser hervortritt;

d) daß dagegen wieder in der baierischen Prioritätsordnung der Wille des Legislators zu viel Gewalt angethan hat dem freien Spielraume des Willens der Partheien, welches wir im Civilrecht am allerwenigsten gutheißen können.

Gegen das französische Recht stehen die neuern deutschen Einrichtungen überhaupt im Siege, und besonders

1) durch die bessere Einrichtung des Hypothekenbuchs, wenn auch das baierische Hypothekenbuch in der beschränkten Tendenz mit dem französischen übereinstimmt;

2) durch die Abschaffung der gesetzlich heimlichen Hypotheken;

3) durch die Beibehaltung des allgemeinen Concursprinzips, ohne daß der Theilung des Vermögens in das

Digitized by Google

Immobiliar- und in das andere Vermögen Eintrag geschieht, und ohne daß das Prinzip des Faustpfands dem der Hypothek oder umgekehrt, dieses jenem untergeordnet würde [69]).

§. 12.

Nach dieser Darstellung der Bestrebungen durch die neuern Einrichtungen bleibt uns nur übrig, das Beengende in denselben nach drei Richtungen anzugreifen, überzeugt, daß die wahre Kultur des Civilrechts darin besteht, wie im Handel und Verkehr, so auch in den Formen des Rechts alle möglichen Wege den Geschäften zu öffnen, auf jeden Fall aber dort wie hier die Menschen durch öffentlichen Einfluß nicht mehr zu sichern, als sie selbst gesichert seyn wollen. Einfachheit und Bevormundung durch den Staat sind nicht überall das Rechte. In ersterer Hinsicht erklärte sich ein berühmter Nichtjurist durch einen genialen Blick in die Jurisprudenz, Napoleon.

Que depuis, qu'il entend discuter le C. c., il s'est souvent apperçu, que la trop grande simplicité est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les loix extrêment simples, sans couper le noeud plûtot que de le delier, et sans livrer beaucoup de choses a l'incertitude de l'arbitraire.

Unser Angriff ist gerichtet

1) auf die über das natürliche Bedürfniß ausgedehnte Specialität;

2) auf die Beschränkung der Schuld durch den Eintrag einer bestimmten Summe;

3) auf die Erscheinung der öffentlichen Bücher als bloße Hypothekenbücher.

Ad 1. Man muß bei dem Pfandrechte überhaupt einen doppelten Standpunkt unterscheiden:

a) das Recht des Pfandgläubigers gegen Dritte, sowohl Besitzer der Sache, als nachstehende Pfandgläubiger an derselben Sache;

69) Man vergleiche auch die preußische Prozeßordnung 50. Titel. §§. 489. 524.

b) das Recht an der Pfandsache, in soferne es gegen den Schuldner geltend gemacht werden soll.

Das Recht in der ersteren Hinsicht verlangt Publicität und Specialität — das Recht in der andern Hinsicht nicht. Die Römer haben mit Grund drei Stadien im Umfange des Realkredits unterschieden:

α) die actio in rem, soferne sie gegen andere, als den Schuldner angestellt wird;

β) die actio in rem, soferne sie gegen den die Sache besitzenden Schuldner angestellt wird;

γ) die actio in personam wegen der obligatio aus dem Pfandvertrage.

Das Generalpfandrecht nahm dabei nichts Eigenthümliches in Anspruch: denn es entsteht daraus keine actio de universitate, sondern nur das Recht, bei der Geltendmachung des Pfandrechts die species zu wählen, worauf die Befriedigung gesucht wird. Es wurde durch das Generalpfandrecht bei den Römern dreierlei erreicht:

1) daß, wie bei dem ususfructus, Alles, was Vermögenswerth hat, zum Gegenstand des Rechts, hier des Realkredits benützt werden kann;

2) daß der Schuldner im Verkehr der einzelnen Sachen nicht gestört wird;

3) daß der Gläubiger besser gedeckt ist, als durch die Anweisung auf eine einzelne Sache, die den rechten Werth nicht haben oder verlieren kann.

In der ersten Hinsicht entsteht eine objektive, in den andern Punkten eine subjektive, im natürlichen Interesse der Partheien genommene Erweiterung des Pfandrechts. Diese soll freilich nur in so weit bestehen, als die Rechtssicherheit Dritter nicht darunter leidet, und daher ist es recht und billig, daß die Generalhypothek nur eine actio in personam oder eine actio in rem in so weit erzeuge, als eine im Besitze des Schuldners befindliche Sache vindicirt werden soll. In dieser Beschränkung aber das Generalpfandrecht aufzuheben, hat nicht nur keinen andern Grund, als den der Vereinfachung, der für uns

Digitized by Google

keiner ist, sondern beengt in der That den Willen und das Interesse der Einzelnen. Es ist schon in dieser Abhandlung angeführt, daß mancher Kreditor geneigt seyn kann, die Inconvenienzen der Hypothek und des Faustpfandrechts, die den Schuldner treffen, nicht in Anspruch zu nehmen, er will aber doch in Etwas über die gewöhnlichen, auf eine andere Weise ihren Gewinn suchenden Gläubiger erhaben seyn, und hier dient das stille, Niemanden als dem, der das vigilantibus jura nicht kennt, beeinträchtigende Generalpfand, vorausgesetzt, daß es die Formen der allgemeinen Rechtssicherheit, die für jeden Vertrag vorgeschrieben zu werden verdienen, an sich trägt. Unsere Ansicht geht somit dahin: daß die auf Tradition und Inscription gegründete Publicität, so wie die damit nothwendig erforderliche Specialität in Beziehung auf die Concurrenz der Rechte Dritter allein entscheidend sey, so daß auch der in Concurrenz kommende Pfandgläubiger durch Faustpfand und Inscription, so weit die Objekte derselben ihn sichern, absolut gesichert sey — daß aber außerdem das Generalpfand wie im römischen Rechte einen Vorzug vor den blos persönlichen Ansprüchen gewähre, wobei es denn unnöthig ist, durch eine sogenannte symbolische Tradition Objekte, die des Besitzes und des Faustpfands nicht fähig sind, zu künstlichen Faustpfändern zu habilitiren. Vielleicht dient auch zur Colorirung unserer Ansicht der Umstand, daß selbst die alten Germanen nach Albrecht [70]) ein Generalpfandrecht kannten, und demnach sogar bei den magern Verhältnissen des Mobiliare auf ein solches Bedürfniß aufmerksam wurden, ferner der Umstand, daß das gemeine deutsche Recht in diesem Geiste die Generalhypotheken neben den inscribirten Hypotheken von jeher aufgefaßt hat [71]). So läßt sich nach unserer Ansicht Publicität und Specialität, Privathandlungsweise und Generalität mit einander verbinden, und dieses

70) Von der Gewer S. 155.

71) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 187., und die in der Note 1. aufgeführten Schriftsteller, darunter Pufendorf, Glück ꝛc.

Digitized by Google

Verhältniß besonders gut auf die gesetzlichen Hypotheken anwenden, die, wenn sie die Wirkung gegen Dritte und den Vorzug vor andern Pfandgläubigern erhalten wollen, verlautbart und specialisirt werden müssen, außerdem aber mit den geringeren Folgen wie die vertragsmäßigen Privatgeneralhypotheken bestehen können. Nur eine Frage verdient noch näher erwogen zu werden, ob man eine specielle Privathypothek mit Hypothekarwirkung jedoch nur gegen den Schuldner anerkennen will. Auch hier wäre ich in der Consequenz unserer Ansichten bejahend zu antworten geneigt; dagegen läßt sich seiner Natur nach ein Faustpfand nur denken, wenn es wirklich in den Händen des Gläubigers ist.

Ad 2. Wenn man von dem Grundsatze ausgeht, das Recht durch Tabellen und Zahlen zu sichern, dann sollte man in dem Verlangen, die Schuld, wegen welcher die Hypothek inscribirt wird, müsse eine fest bestimmte Summe enthalten, noch weiter gehen, und etwa befehlen, daß nur nach Rundsummen inscribirt werde u. s. w. Abgesehen davon, daß der Gläubiger oft in Verlegenheit seyn kann, wie er die Quantität einer noch in quanto durchaus illiquiden Forderung anschlagen will, und daß er daher leicht dem Schuldner durch ein Uebermaaß wehe thut — abgesehen davon, daß ein Nachtrag ein anderes Datum, von welchem die Hypothek läuft, zum Schaden des Gläubigers begründet [72]) — abgesehen endlich davon, daß die sonderbarsten Rechtssätze aufgestellt werden müssen, um in manchen Fällen eine approximative Bestimmtheit der Summe herauszubringen, wie z. B. das baierische Gesetz bei den Vormündern und Kuratoren thut, welche nicht für den Kapitalwerth des ihnen anvertrauten Vermögens, auch nicht für den Betrag der jährlichen Brutto-Einnahme, sondern nur für den Werth der nothwendig in ihren Händen zu belassenden Mobilien und für das jährliche Reinerträgniß (für die Einnahme nach Abzug der gewöhnlichen Ausgaben) eine Hypothek inscribiren zu lassen schuldig

72) Man sehe Zachariä II. Bd. S. 111 in der Note.

Digitized by Google

seyn sollen [73]) — ist es unnatürlich, des accessorischen Rechts wegen eine Bestimmtheit zu verlangen, die vor der Hand bei dem Principalrechte nicht verlangt werden kann. Ein nachgehender Gläubiger aber riskirt immer schon seines abhängigen Rechts wegen; nun halten wir es für zuträglicher, daß der erste vollkommen gesichert sey, als daß beide Gefahr laufen. Endlich dürfte in solchen Sachen der freie Wille der Partheien das höchste Gesetz für den Legislator seyn, denn überall kann der Schuldner Vorsorge treffen, daß durch das Uebereinkommen mit seinem Gläubiger eine Bestimmtheit der Summe herausgestellt werde, oder daß auf eine Summe dem nachstehenden Gläubiger der Vorrang gestattet werde; nur soll man nicht befehlen, daß eine Bestimmtheit seyn müsse, wenn die Partheien sie selbst nicht verlangen; denn man soll nichts zum jus publicum, quod privatorum pactis mutari nequit, erheben, wofür nicht das stringenteste öffentliche Interesse ein Opfer der Privatfreiheit fordert.

Ad 3. Alle bisherigen Versuche zur Verbesserung des Hypothekenwesens haben hauptsächlich deßhalb die mögliche Vollkommenheit nicht erreicht, weil man die ganze Lehre von den dinglichen Rechten, namentlich von dem Erwerbe und von dem Verluste derselben damit nicht in Verbindung gebracht hat. Hier muß man dann allerdings von dem Unterschiede des Immobiliar- und übrigen Vermögens ausgehen, und überhaupt für die dinglichen Rechte am ersteren, nämlich den Erwerb- und Verlustarten eine ganz neue, den Verhältnissen unserer Zeit anpassende Ordnung aufstellen. Solche Dinge eignen sich zur Legislation, und fördern, mit gehöriger Umsicht ausgeführt, die Rechtssicherheit. So gut die Catastrirung des Landes in vielfachen politischen Hinsichten eine großartig löbliche Unternehmung ist, so kann auch eine Catastrirung in juristischer Hinsicht am besten die Sicherheit des kostbarsten Theils des Nationalvermögens und der daran

73) Wie wenn dadurch der Umfang der Verbindlichkeiten bestimmt wäre. Nibler a. a. O. S. 56.

Digitized by Google

zustehenden Rechte verbürgen. Bei Immobilien ist die Publicität der Rechte Niemanden gefährlich oder schädlich — alle sichernd. Ich weiß zwar wohl, daß Manches in dieser Hinsicht in einzelnen Ländern bereits geschehen ist; und ich verlange hier nur, daß in der Einheit des Prinzips und der Manipulation das ganze Gebäude der dinglichen Rechte aufgestellt und erhalten werde. Darüber vielleicht ein andermal einige Vorschläge.

Als einiges, neue Ergebniß für Gesetzgebung im Hypothekenwesen aus diesen Zeilen möchte vielleicht aufzustellen seyn — der Satz, daß nicht aus der Vergleichung der neuern Gesetzgebungsprodukte allein, als vielmehr aus einem durchdachten, in das gesammte Civilrecht eingreifenden Plane eine tüchtige Pfand- und Hypothekenordnung entstehen wird — ferner der Satz, daß das Zurückgehen auf römisches Recht auch in solchen Lehren, wo die neuere Zeit von einer und der andern Seite offenbar vorgeschritten ist, dennoch immer der sicherste Bürge für das Gedeihen des Neuen, für die Umsicht in den Gebilden der Gegenwart seyn wird.

Ueber die Preßvergehen.

§. 1.

Nur im Kurzen soll hier angezeigt werden, von welchem Standpunkte die Natur der Preßvergehen erfaßt werden muß, um eine richtige und verläßige juristische Bestimmung zu gewinnen. Die vollkommene Ausführung dieses überreichen Thema's wird erst in *späteren Zeiten* einen erfahrnen tüchtigen Schriftsteller finden.

Um die Wichtigkeit dieser Lehre zu fassen, muß man auf den in der neuesten Zeit oft verkannten Umfang des Begriffs der Injurien zurückgehen. Jeder Eingriff in öffentliche oder Privatrechte auf eine böß-absichtliche (dolose) Weise, und so

Digitized by Google

geschehen, daß nicht eine speciellere verbrecherische Absicht ein specielleres Verbrechen begründet, führt in die Injurie, und so ist dieses Verbrechen das allgemeinste und subsidiäreste unter allen. So dachten die Römer, ohne deßhalb den allgemeinen Begriff von Unrecht mit dem der Contumelie oder Injurie im eigentlichen Sinn zu verwechseln. Sie unterscheiden nämlich zwei Richtungen:

a) das damnum injuria datum, d. i. der Gesichtspunkt einer erfolgten materiellen, körperlichen Beschädigung und äußeren Vermögensbeeinträchtigung, welche Jemanden als Unrecht zugerechnet werden kann, und

b) die injuria ohne Rücksicht auf solchen äußeren Erfolg, aber charakteristisch durch den bößabsichtlichen Eingriff in des Andern Rechte, welcher nothwendig eine Nichtachtung der juristischen Persönlichkeit, eine laesio existimationis, in sich enthält, wenn der Injuriant sich auch speciell derselben nicht bewußt geworden wäre. Daher haben die Römer die Injurienklage sehr oft gegeben, wo Jemand dem Andern den Genuß eines unwidersprochenen Rechts trotzig und neckend verweigert. Es versteht sich jedoch, daß nicht eine bloße Erfüllungswiderspenstigkeit, komme diese, aus welchem Grunde sie wolle, vorliegen muß, denn hier findet natürlich die Klage auf Erfüllung der obligatio statt. Auch waren die Römer wohl nicht geneigt, jeder absichtlichen Rechtsverletzung, z. B. dem Eingriffe in fremdes Eigenthum, indem Jemand etwas thut, was er nur jure servitutis thun kann, die Folgen der Injurienklage zuzuschreiben; vielmehr verwiesen sie sehr natürlich auf diejenigen Rechtsmittel, bei welchen nur die objektive Erscheinung der unrechtlichen Handlung, und nicht das Subjektive der Absicht in Betracht kömmt, d. i. auf die Possessorienklagen, auf die vindicatio, negatoria u. s. w.; denn einestheils führte dahin der Gedanke der persecutio rei, welche hier der Zweck der Rechtsverfolgung ist, anderntheils wird man sich nicht um das innere Feld der Gedanken und Absichten seines Gegners herumschlagen, wenn der Blick auf das Unrecht der äußeren That zur Entscheidung führt.

Digitized by Google

Wenn der Gegner wirklich die Absicht hat, durch seine Eingriffe zu ärgern und zu necken, so werden wir doch so klug seyn, lieber das aus dem verletzten Rechte selbst folgende Mittel zu gebrauchen, als die Sache auf das Boshafte seiner Absicht zu werfen. Aber so viel geht aus unserer Ausführung immerhin hervor, daß, wo aus dem verletzten Rechte selbst kein Rechtsmittel im positiven Klagensysteme vorliegt, man zur Injurienklage greifen kann, was besonders auf das römische Recht paßt, weil hier das Klagensystem bis auf die justinianische Zeit herunter fest durch genaue Beziehung auf das Detail der Privatrechte abgeschlossen war, und daher manchmal die Injurienklage recht passend die allein aushelfende war [1]). Da nach dem in unserer Praxis angenommenen Klagensysteme, wozu noch die Anrufung des polizeilichen Amtes kömmt, jedem Rechte aus sich selbst sein gerichtlicher Erfolg wird, so ist es sehr erklärlich, warum bei uns die Injurienklage auf den ganz speciell hervortretenden Ehrenverletzungsanimus gewöhnlich beschränkt wird. Aber in der That dachten auch die Römer hier feiner wie wir, obgleich Weber in seinem Buche über Injurien Fälle genug aufbewahrt hat, wo bei dem Vorhandenseyn anderer Rechtsmittel der Verletzte den Standpunkt der Injurie vorzog, und wir dürfen nie vergessen, daß jede Verletzung eines Rechts, sey es, welches es wolle, in der böß absichtlichen Tendenz der Geringachtung des Berechtigten nöthigenfalls mit einer besondern Stachel muß verfolgt werden können.

Wenn hiernach das Gebiet der Injurien größer ist, als man gewöhnlich glaubt, so wird dieser Umstand auch auf die Preßvergehen seinen Einfluß äußern, wie sich weiter unten zeigen wird.

§. 2.

Die Verbreitung von Injurien durch die Schrift wurde zu allen Zeiten als ein großes Uebel angesehen, als eine

1) Man vergleiche nur L. 13. §. 7., L. 24. D. 47, 10. und andere Stellen.

Digitized by Google

wahre Vergiftung unſeres geiſtigen und bürgerlichen Seyns, und daher ſchon bei den Römern mit namhaften Strafen verfolgt. In den beſſeren Zeiten der Römer wurde der ſchuldig Befundene für intestabilis erklärt [2]), unter den byzantiniſchen Kaiſern eine Kapitalfolge darauf geſetzt [3]). Dabei hat man einen doppelten Standpunkt nicht zu überſehen:

1) den der Injurirung und Verläumdung überhaupt, si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret — und wobei nicht blos der Vorwurf einer infamirenden Handlung gemeint iſt, obgleich die Ausdehnung des römiſchen Begriffs von infamia ſo ziemlich auf diejenigen Handlungen führt, welche in der bürgerlichen Geſellſchaft den guten Namen verletzen;

2) den des Vorwurfs eines der accusatio ausgeſetzten Delikts insbeſondere, weil hier der Libellirende doppelt fehlt, indem er den ihm geöffneten Weg der accusatio nicht geht, und daher als ein lichtſcheuer Verläumder ſich von ſelbſt darſtellt. Daher ſieht man auch, daß die l. unica cod. de famosis libellis dieſes doppelten Standpunktes wegen aus zwei ganz verſchiedenen Verordnungen zuſammengeſetzt iſt, deren erſtere die ungeſäumte Vertilgung eines Libells und die Verhinderung ſeiner Verbreitung, die andere aber das Unrecht darſtellt, welches darin liegt, ſtatt den rechtlichen Weg der gerichtlichen Verfolgung den der Libellirung zu wählen.

Von dem letzteren Standpunkte kömmt es, daß der Libell in der Carolina (Art. 110.) ſo einſeitig aufgefaßt iſt, und daß man oft gemeint hat, das Pasquill oder der Libell beſtehe blos in dem verläumderiſchen, durch die Schrift verbreiteten Vorwurf eines Verbrechens.

Während die römiſche Idee des zweiten Standpunkts nicht mehr recht auf uns paßt, und die einheimiſche Legis-

2) L. 5. §. 9. D. de injuriis.

3) Cod. Theodos. lib. 9. tit. 34.

Digitized by Google

lation einseitig ist, also die Armuth unserer gemeinrechtlichen Quellen zu Tage liegt, hat sich durch die Erfindung der Buchdruckerkunst und durch die in unserer Zeit erreichte höchste Bedeutung derselben das juristische Bedürfniß vermehrt, und obgleich nicht lange nach der Erfindung der Buchdruckerkunst einige Reichsgesetze darüber sich erklärten, wie sich Obrigkeiten, Verleger und Drucker zu verhalten haben, um die Verbreitung wirklicher Lästerschriften möglichst zu verhüten [4]), so ist in der That gerade dasjenige hervorgehoben, was in Zeiten und Umständen den rechten Effekt ganz verfehlt, dagegen dasjenige übergangen, was unter allen Zeiten allein wirksam ist, nämlich der Schutz durch die gerichtliche Verfolgung. Auf dieser ganz verfehlten politischen Ansicht stehen wir noch, wir sprechen und schreiben über Preßfreiheit und Preßbeschränkung, aber wir denken nicht an die nähere juristische Bestimmung der Preßvergehen, und an die in der That erst zu begründende Sicherheit durch gerichtliche Mittel, ohne welche der Zügellosigkeit unserer Tage schwerlich wird Einhalt gethan werden können.

§. 3.

Das Verlangen nach vollkommener Preßfreiheit hängt unzweifelhaft mit den nach englischem Vorbilde eingerichteten Staatsverfassungen zusammen. Aber hier sieht man besonders deutlich, welchen Werth ein durch allmählige Fortbildungen eingerichtetes Gemeinwesen gegenüber den Institutionen hat, welche durch einen einzigen legislativen Akt von der Fremde her recipirt, nicht einmal selbst von dem verständigen Theile der Nation oft vollkommen begriffen werden. Mein lieber alter Freund und Landsmann Birnbaum hat sich ein wahres Verdienst erworben, indem er gewissermaßen die Geschichte der englischen Preßfreiheit in ihrer reinen Gestalt dargestellt hat [5]). Hiernach ist es allerdings richtig, daß man in

4) Weber, von Jujurien am Ende des ersten Theils.

5) Themis ou Bibliothèque du Juris consulte et du Publiciste par Birnbaum, Holtius et Warnkoenig tom. II. livr. quatrième.

Digitized by Google

England keine Censur kennt, aber Mittel genug, um jeden Exceß der Preßfreiheit zu unterdrücken. Das Hauptmittel darunter ist wohl das, daß das positive Recht Englands die Religion, Moral und das Völkerrecht zur Grundlage genommen, die Auctorität des Königs, der Regierung und des Parlaments auf das festeste gesichert, und Richter und Obrigkeiten unter seinen ganz besonderen Schutz gestellt hat. In dieser Hinsicht wird jede Schrift, welche eine diesen Principien feindselige Tendenz ausspricht, als ein Libel angesehen und verfolgt [6]). Von den hier angenommenen strengen Grundsätzen hat man bis in die neueste Zeit nichts aufgegeben, als daß die englische Aristokratie sich nicht mehr auf ein altes Statut, wornach ihre Injurirung als **scandalum magnatum** verfolgt wurde, stützt, und daß durch den sogenannten Fozakt den Geschwornen das Recht eingeräumt ist, in der Materie der Preßvergehen nicht nur das **punctum facti**, sondern auch das **punctum juris** zu bestimmen. Nur darüber besteht eine Verschiedenheit der Meinungen unter denjenigen, welche keine Preßfrechheit wollen, ob die Eigenthümlichkeit der Preßfreiheit erfordere, daß der Staat nur Maaßregeln nehme, nach Erscheinung der Schriften das Unrecht zu verfolgen, oder ob der Staat, wie bei andern Verbrechen, befugt sey, zu präveniren. Unter den Engländern scheint schon der berühmte Blacstone [7]) der ersteren Meinung, jedoch hat er dabei nur das Mittel der unbeschränkten Censur im Auge, welches er mit Recht verwirft, und so scheint dieser Gelehrte seinen Standpunkt nicht allgemein genug genommen zu haben. Sollte nämlich nicht die Beschlagnahme durch die competenten gerichtlichen Behörden, der sofort die juristische Entscheidung über Recht oder Unrecht selbst unmittelbar nachfolgt; sollte für gewisse Arten von Schriften, z. B. politische Tag- und Wochenblätter, nicht eine Kautionsstellung, sollte endlich nicht die gesetzliche Bestimmung, daß der Drucker die Schuld

6) **Holt law of libel pag. 63.**

7) **Book IV. chap. 11.** in der deutschen Uebersetzung von Colbiz II. Bd. S. 313.

Digitized by Google

des Auctors vertreten muß, wenn er sich nicht seiner Person versichert, und ihn nennt (*quasi* deliquisset im Sinne der Römer), als Prävention angewendet werden dürfen? Ich weiß gar wohl, daß die Mißbräuche der Preßfreiheit ihren einzigen und natürlichen Damm finden in der Aufklärung und in dem Charakter der Nation, und in der Redlichkeit und Klugheit der Regierung andererseits; allein außerordentliche Verhältnisse erhitzen die Leidenschaften der Nation wie der einzelnen Menschen, und nicht immer heilt die Natur allein die Krankheit, sondern es müssen ärztliche Mittel angewendet werden. Der Engländer Johnston sagt [8]): es sey nicht räthlich, bei offenen Thüren zu schlafen, obgleich in England der Dieb aufgehängt werde, und nach gleichem Grundsatz müßten auch Präkautionsmittel gegen die Preßvergehen erlaubt und klug seyn. Darin halten wir es aber mit Blaestone, daß die Censur ein unpassendes Mittel ist, wenn sie auch nur für eine gewisse Art von Schriften als allgemeines Mittel gebraucht wird; denn die Nationen, wenn sie auch wissen, daß am Ende die Wahrheit ihnen nicht vorenthalten werden kann, werden doch durch die Censur zu einer Art von Mißtrauen erzogen, welches man in jeder guten Staatsverwaltung vermeiden muß, und für die Regierungen selbst ist und bleibt die Censur nur eine halbe Maaßregel, weil, wie schon Blaestone richtig sagt, Alles auf die Individualität des Censors ankömmt, auch die Censur nichts Versöhnendes, sondern nur Erregendes darbietet. Dagegen glauben wir, daß, so wie überhaupt bei einem solchen, der die Preßfreiheit mißbraucht hat, Kaution des guten Betragens für eine bestimmte Zahl von Jahren verlangt werden kann, diese Kaution im äußersten Falle darin bestehen darf, daß die Schriften eines solchen Auctors auf eine bestimmte Zeit der Censur unterworfen werden. Die Freiheit der Presse ohne natürliche, d. i. juristische Grenzen ist wie die Freiheit der physischen Kraftanwendung, wie der rohe Gebrauch des Faustrechts im Mittelalter, und wie unser

8) Bei Birnbaum S. 508.

Digitized by Google

Gebrauch der Duelle ohne beschränkende Sitten und Gesetze, ja wie der Völkerkrieg ohne Kriegsrecht und Sitte zerstörend und Feindin der Humanität, weil sie die Leidenschaften nährt, und ohne gesetzliche Repression eine der reichsten und gefährlichsten Quellen der Verbrechen wird. Ohne uns jedoch hier weiter auf die große Frage der Zeit über die Preßfreiheit, welche die Wenigsten gehörig verstehen, weiter einzulassen, und folglich, ohne in die unheimlichen Gänge der Politik hineinzutreten, wollen wir nach dieser historischen und allgemeinen Einleitung die Natur und die einzelnen Arten der Preßvergehen juristisch bestimmen.

§. 4.

Wir müssen hier von einer doppelten Einrichtung der Staaten ausgehen.

I. In einigen Staaten gibt es keine Art von Censur, und es ist möglich, daß gesetzlich gar kein Präventionsmittel genommen ist, und daß das polizeiliche Mittel der Beschlagnahme nur als Provisorium bei einem bereits eingeleiteten Prozesse vorkömmt.

II. In andern Staaten gibt es entweder eine allgemeine oder eine unter besondern Beziehungen angeordnete Censur, oder doch andere Präventionsmittel, z. B. Kautionsstellung vor der Unternehmung.

Bei einer Ordnung der Dinge, wie sie unter I. angenommen ist, sind die Preßvergehen immer durch die Schrift verbreitete Injurien. Bei einer solchen Einrichtung kann man mit dem Engländer Holt [9]) sagen, daß der Libell ein malum in se sey, d. i. ein natürliches Verbrechen, ein probum naturâ turpe, und in diesem Geiste hat auch Holt in dem in unserm §. 1. gegebenen weiteren Sinne der Injurien die Libelle ganz richtig klassificirt. Er stellt nämlich folgende Richtungen auf, gegen die Religion, gegen die

9) Bei Birnbaum pag. 483.

Digitized by Google

Moral oder das natürliche Recht [10]), gegen das Völkerrecht, gegen den Staat und seine Constitution, gegen den König und seine Regierung, gegen die beiden Parlamentshäuser, gegen die Pairs und andere hochangesehene Personen, gegen die Gerichtshöfe, gegen die Obrigkeiten und endlich gegen Einzelne. Die Injurien und Libelle aus dem letztern Standpunkte haben die Engländer am wenigsten gut ausgeführt, und in dieser Beziehung wird man immer aus dem römischen Rechte schöpfen müssen. Indeß steht in der Vorstellung der Engländer der Begriff und Umfang der Libelle, nach einer doppelten Seite, sehr fest; einmal durch die Anschließung an den materiellen, wenn auch weiteren Begriff der Injurie, das anderemal durch die damit in Verbindung stehende Ansicht, daß jedes Preßvergehen etwas Schändliches und dem natürlichen Recht Zuwiderlaufendes mit sich führen müsse. Wenn die Engländer in ihrem common-law das Libell oft als einen Friedensbruch darstellen, so bedeutet dieses weniger etwas Besonderes, als vielmehr die Spur des alten germanischen Gedankens, wornach alle Verbrechen in die zwei Hauptgattungen der Verräthereien und der Friedensbrüche zerfielen, eine Ansicht, die sich am meisten bei den Engländern in mehrfacher Beziehung erhalten hat. Nur wurde der Gedanke in der Art modernisirt, daß man in den Libellen gegen die Regierung und gegen die Staatsordnung materiell eine Aufregung zum Unfrieden fand, und diese Endabsicht des Mißbrauchs der Preßfreiheit oft in den Vordergrund stellte [11]). Dagegen

10) Eine den Engländern eigenthümliche, den Deutschen verwirrend scheinende Synonyme. Die Engländer kennen ein Naturrecht im Sinne der Deutschen nicht, wenn man will, haben sie ein praktisches Naturrecht, in ihrem Recht of equity.

11) Es versteht sich, daß der Libell oft auch das Mittel des Hochverraths, Aufruhrs u. s. w. seyn kann, und von diesem Standpunkte aus gestraft wird, wovon weiter unten im Texte, wo der vollkommenere Umfang der Preßvergehen aus dem Standpunkte von II. gezeigt wird.

Digitized by Google

hat man bei den an Einzelnen begangenen Preßvergehen immer die Richtung der Verläumdung, des Lächerlichmachens und der Nichtachtung in England wie in Rom genommen, und ist vielleicht dort strenger, indem man bei den Verläumdungen die sogenannte exceptio veritatis in den Gerichten ohne alle Unterscheidung verwirft. Bei einer solchen Lage der Dinge ist dann, damit die Preßfrechheit gezügelt und die Moralität des Volks nicht verdorben werde, nicht nur nöthig, daß der Staat sich nichts gefallen lasse, vielmehr die Libellisten unnachsichtlich verfolge, sondern auch, daß das Gefühl der Einzelnen gegen die Libellisten so reizbar sey, wie überhaupt bei einzelnen Ständen das Ehrgefühl, daß folglich die Beleidigten die Accusation nicht etwa deßhalb unterlassen, weil sie den Libellisten verachten, sondern, daß wenn auch der Libellist ihre Verachtung verdiente, sie dem Patriotismus das gerechte Opfer der Verfolgung eines solchen Menschen bringen. Dabei ist dann vor Allem wünschenswerth, daß in einer Nation die literarischen Klopffechtereien, welche Injurien über Injurien enthalten, und den ehrenwerthesten Stand lächerlich machen, so wie den Genius des Volks vergiften, unterbleiben.

Bei einer Ordnung der Dinge, wie sie oben unter Nr. II. angenommen ist, wird die Natur der Preßvergehen etwas verwickelter. Man muß nämlich zwei durchaus von einander verschiedene Arten unterscheiden:

a) die Preßvergehen, welche Injurien sind, oder vielleicht gar noch größere Verbrechen enthalten,

b) die Preßvergehen, welche nur Uebertretungen der in einem Staate eingeführten Preßdisciplin sind.

In der ersten Hinsicht ist es eine eigene Betrachtung im Criminalrechte, daß eine Concurrenz von Verbrechen durch das bloße Verhältniß eines gebrauchten speciellen Mittels entstehen kann. So sind die Preßvergehen der ersten Art ohne Rücksicht auf Schrift und Presse Verbrechen, und es kann darin Hochverrath, Aufruhr und noch viel Anderes gefunden werden; aber abgesehen davon kann eine Gesetz-

Digitized by Google

gebung die Handlung wegen der eigenen Verbreitung der verbrecherischen und gefährlichen Absicht strafbar finden, und darin das Verbrechen des Libells konstituiren. Es entsteht auf diese Weise ein eigener verbrecherischer Thatbestand, und zwar

α) in der Absicht, die auf jeden Fall etwas Injurirendes im weiteren Sinne des Wortes enthalten muß, d. i. eine injuria gegen den Staat oder gegen Einzelne, und wozu in ersterer Hinsicht auch die Angriffe auf Religion und Sittlichkeit und die durch Völkerverträge geheiligte Ordnung gerechnet werden,

β) in der Form der Handlung, d. i. in dem Libell, weßhalb auch aus diesem eigenen Gesichtspunkte eine besondere Richtung der Theilnahme an diesem Verbrechen möglich ist. Verleger, Drucker und Verbreiter der Druckschrift können als Miturheber und Gehülfen der Strafe verfallen seyn, jedoch muß das Rechtswidrige des Unternehmens in dem Zwecke der Arbeit ihnen gehörig bekannt seyn, was in den meisten Fällen, weil solche Injurien gegen den Staat oder gegen Einzelne zu den natürlichen Verbrechen [12]) gehören, sich leicht herausstellen wird. Nur etwa in den feineren Beziehungen einer Verschwörung oder Intrigue dürfte der Verleger, Drucker und Verbreiter mit der Glaubhaftmachung seiner Unbekanntschaft mit dem Zwecke der Schrift aufkommen können. Es hängt auch nichts davon ab, ob der Verleger, Drucker und Verbreiter mit dem Endzweck des Verfassers vertraut sind oder nicht, denn bei den Verbrechen wird zunächst nur der unmittelbare verbrecherische Zweck in den Augen gehalten. Auch ist es genug, daß man wisse, wie mit dem Libell eine Injurie, das Wort in seinem weitern §. 1. ausgeführten Sinne genommen, ausgeübt werde, um durch die Theilnahme als Libellist schuldig zu seyn. Dieser Punkt ist um so merkwürdiger, als die Untersuchung

12) Meine Abhandlungen im Archiv des Criminalrechts IX. Bd. Nr. 19. und XII. Bd. Nr. 2.

der Specialitäten des Zwecks und der Gesinnung bei dem Unternehmen oft weit abführen würden von dem in die Augen fallenden im allgemeinen böswilligen und injurirenden Unternehmen. Um hier manchem juristischen Scrupel zu entgehen, und weil es wirklich bei solchen Delicten besonders auf den Eindruck ankömmt, welchen sie auf das Volk machen, haben Manche geglaubt, diese Vergehen könnten nur durch ein Jury, sowohl in facto, wie in jure gerichtet werden, aber bei allen Geschwornengerichten ist es im Standpunkte der Rechtswissenschaft nur das oft imaginäre, oft wirkliche Vertrauen, welches sie rechtfertigt. Aber mit diesem Vertrauen geht es, wie nach Guizot mit der Popularität, diese verschwindet, wie ihr Abgott regierend über das Volk hinauf tritt, und jenes, wenn die Jury nicht mehr in der Flittervergoldung der Theorie steht, sondern dem Volke gegenüber handelt.

Was aber die Preßvergehen der andern Art angeht, die nur in einem Staate vorkommen können, welcher zu Präventionsmitteln gesetzlich berechtigt ist, so sind diese disciplinarisch-positiv, so daß hier Alles von der Strafsatzung abhängt. Gerade auf die nähere Untersuchung dieser Vergehen kömmt es vorzüglich an: denn bei den Preßvergehen, die nur das Mittel oder das äußere Kleid für andere Vergehen sind, ist die Verbreitung der verbrecherischen oder wenigstens injurirenden Absicht durch die Presse nur ein aggravirender Umstand in der Verfolgung des Unrechts, wenn derselbe auch manchmal zu einer eigenen Art von Strafe berechtigen dürfte, indem ein guter Gesetzgeber jede durch die Presse geschehene Verläumdung als Verbrechen ohne weiters ansehen, und den Umstand der Anonymität als eine praesumtio der bösen Ansicht beachten wird, und zwar so, daß der Angeklagte in einem solchen Falle zum Reinigungseide, wo dieser praktisch ist, niemals gelassen werde. Bei den Preßvergehen der andern Art aber hängt Alles davon ab, welche Einrichtungen unter Bestimmung bestimmter Strafen getroffen sind. Man unterscheide

a) die Censur, wo sie allgemein oder doch für gewisse Arten von Schriften besteht. Nach unserer Ansicht ist sie ein schlechtes Mittel an sich, aber um so schlechter, je leichter man in vielen deutschen Ländern sich ihr entziehen kann. Im Uebrigen ist die Verletzung der Censurgesetze eine Art von Preßvergehen;

b) das Verbot der Anonymität oder eines erdichteten Namens, insoferne bei Schriften gewissen Inhalts die Angabe des wahren Namens auf dem Titel der Schrift oder die Bürgschaft des Druckers oder Verlegers verlangt seyn sollte. Auch hier kann der Inhalt der Schrift nichts Unrechtliches und Gefährliches enthalten, aber die Nichtbeobachtung der Disciplinarordnung führt in ein Delict. Natürlich sprechen wir hier überall nicht davon, ob und unter welchen Verhältnissen es räthlich seyn dürfte, zu verlangen, daß der Kämpfer immer mit geöffnetem Visir erscheine. Wir wissen auch wohl, daß Viele die Preßfreiheit gerade darin setzen, vermummt ein gemeines Spiel treiben zu können, auch wissen wir, daß es manchmal dem gemeinen Wohl zuträglich ist, ohne Kenntniß der Person des Schriftstellers nur die Sache im Auge zu haben: aber auf Alles diese mehr Politische als die Natur der Preßvergehen Charakterisirende wollen wir uns hier im Felde des positiven Rechts nicht einlassen;

c) das Verbot der Herausgabe einer Schrift ohne Stellung der gesetzlich schuldigen Kaution. Kautionsleistung verlangt man besonders bei der politischen Journalistik, und noch in der neuesten Zeit ist darüber Vieles in den französischen Kammern verhandelt worden. Vorzüglich hat der bekannte Duc de Broglie [13]) die Ansicht vertheidigt, daß auch in dem freiesten Lande, weil die politische Journalistik wirklich eine Gewalt über das Volk übe, dafür gesorgt werden müsse, daß nur solche, die durch ein reelles Vermögensinteresse an die Ruhe und Ordnung des Staates gefesselt seyen, diese

13) Moniteur, Dezember 1830 Nr. 338.

Macht ausübten. Es sey dieses dasselbe Prinzip, welches ein bestimmtes Vermögen bei dem Wähler und bei dem Deputirten verlange. Wir halten eine solche Rücksicht für löblich, aber in concreto, d. i. in Frankreich, für imaginär, und glauben vielmehr, daß die Kautionsleistung zunächst nur bezweckt, Sicherheit für die Geldstrafen zu erhalten, die der Mißbrauch der Journalistik neben der Gefängnißstrafe in Frankreich nach sich zieht;

d) Bezahlung einer gewissen Taxe, z. B. durch einen Stempel, namentlich bei einer solchen Schriftstellerei, die als ein gewöhnliches industrielles Geschäft, als eine Spekulation im Gebiete der Modeleseartikel, wie dies bei den verschiedenen Arten von Tagblättern der Fall ist, sich darstellt. Der Staat bezweckt gewöhnlich dabei, die Vervielfältigung solcher Blätter zu verhüten, indem er durch Taxen ihre Erhaltung schwierig macht. Wer ohne Stempel solche Waare fabrizirt, ist straffällig. Hieher gehört auch

e) Beschränkung der Druckereien und der Rechte der Verleger durch das Verlangen der Nachsuchung und Gewährung einer öffentlichen Autorisation mit der Bestimmung, daß das Drucken in einer Winkelpresse als Preßvergehen angesehen werde. Hiemit nicht zu vermischen ist die Haftung des Verlegers und des Druckers, die aus sehr verschiedenen Rücksichten statt finden kann, namentlich sowohl als wahrer Theilnehmer an den Preßinjurien, wie als Quasidelinquent, sofern feststeht, daß der Verleger und Drucker die Schuld tragen muß, ohne weitere Untersuchung seiner Theilnahme, wenn er eine anonyme Schrift in die Welt schickt u. s. w.

f) Verbot der Maueranschläge, der Vertheilung von Zetteln u. s. w., außer in reinen Privatspekulationen und vorbehaltlich der obrigkeitlichen Autorisation. Auch hierüber ist die französische Legislation bis auf die neueste Zeit lehrreich [14]).

14) Siehe noch Moniteur, Dezember Nr. 342. Vortrag des Pairs Marquis de Maleville.

Digitized by Google

Wir gehen übrigens von dem Grundsatze aus, daß die Preß- wie die Redefreiheit ein unveräußerliches Recht der Menschheit sey, und daß es gar nicht geschehen kann, die eine oder die andere zu vernichten; wenn wir aber bei der ersteren die mögliche Vervielfältigung der Rede in das Auge fassen, und erkennen, daß derselben allerdings Hindernisse in den Weg gelegt werden können, und dieselben, wenn sie durch das Gesetz eingeführt worden, unter Umständen auch zu rechtfertigen sind, so tritt doch immer das bekannte Prinzip hervor, daß die Uebertretungen solcher, die Presse beschränkenden Gesetze nur delicta juris civilis sind [15]). Unser Zweck war übrigens bei dieser Abhandlung nicht, Vorschläge für ein Preßgesetz zu machen, sondern nur die Natur der möglichen Preßvergehen hauptsächlich in ihrer doppelten Richtung zu bestimmen, die so ziemlich von den verschiedenen Schriftstellern über Injurien sowohl, wie über Preßfreiheit übersehen worden ist.

Gibt es noch stricti juris obligationes im gemeinen deutschen Rechte und über das veränderte System der Obligationen überhaupt, so wie der Verträge insbesondere.

§. 1.

Im Allgemeinen genügt zur Lösung der Frage, ob ein Institut des römischen Rechts im gemeinen deutschen Rechte gelte, der Standpunkt, ob und wie dies Institut im justinianischen Rechte erscheint. Obgleich nämlich mehrere In-

15) Freilich kann ein delictum juris civilis mit einem natürlichen Delict concurriren, wenn ein staatsverrätherischer Plan oder eine Injurie zugleich mit der Uebergehung der Preßdisciplinargesetze realisirt wird.

Digitized by Google

stitute des justinianischen Rechts abgekommen sind, z. B. die Sklaverei, der Concubinat, die legitimatio per curiae dationem — so muß man doch schon im Geiste der Reception an jener Regel festhalten. Deßhalb ist nun vorerst hier zu untersuchen, wie es mit den stricti juris obligationes im justinianischen Rechte steht? Sofort wird freilich noch eine andere Betrachtung nöthig seyn, nämlich die, ob durch die große Veränderung, die im Systeme des Obligationenrechts, besonders des Vertragsrechts in Deutschland durch Herkommen und Rechtssitte vorgegangen ist, die Bedeutung der stricti juris obligationes, die sich nur durch den Gegensatz zu den bonae fidei obligationes und dazu nicht mehr im Zusammenhange des ursprünglichen Gedankens der Rechtsentwicklung, worauf jener Gegensatz beruht, darstellt, sondern nur in einzelnen Rechtswirkungen im justinianischen Rechte noch sichtbar wird, nicht etwa gänzlich untergegangen sey?

§. 2.

In den Pandecten, im Codex, ja auch in den Institutionen begegnen uns so vielfach Rechtssätze, die auf den Unterschied der stricti juris und bonae fidei negotia zurückgeführt sind, daß man gar nicht zweifeln kann, dieser Unterschied sey in der That noch im justinianischen Rechte wirksam. Alles concentrirt sich daher in die Frage: was war dieser Unterschied ursprünglich, und was ist davon im justinianischen Rechte geblieben? Der erste Theil dieser Frage dürfte schwerlich zur vollen Befriedigung gelöst werden können, denn die Quellen sind nicht reich genug dazu; die neueren Schriftsteller, auch der guten französischen Schule, z. B. Cujacius, d'Avezan, haben sich ernstlich dahin nicht eingelassen — und die Neuesten sind gewöhnlich zu kühn. Im Allgemeinen halten wir es mit Mühlenbruch [1]): die erste Entwicklung des Rechts nach Grundsätzen vor dem Richter ist, den Bedürfnissen des Volkes gemäß, einfach, fest und

1) Heidelberger Jahrbücher 1821 S. 47.

Digitized by Google

bestimmt. Der Richter verlangt einen sichern Grund und einen bestimmten Gegenstand, wenn er verurtheilen soll; wo beides nicht da ist, wird die Parthei nicht gehört. Im Laufe der Zeit und bei andern Bedürfnissen, namentlich vorgerückter Bildung, erweiterten Rechtsgeschäften, zugleich auch bei höherer Rechtswissenschaft wird entweder das alte praktische System umgebildet, oder das alte bleibt stehen, und ein neues bildet sich darneben. Das Letztere ist immer der Fall, wenn die Fortbildung des Rechts im Leben selbst, d. i. im Prozeß durch Richter und Partheien geschieht, und nicht durch eine die Dictatur ausübende Doctrin, die in unsern Tagen als Codification vorkömmt. Namentlich geschah es so in Rom und in England. In Rom entstand neben dem alten jus civile ein auf bonum und aequum beruhendes Recht, in England neben dem common law ein Recht der Billigkeit. Um gleich auf unsern Gegenstand hinzusehen, nämlich auf die Obligationen, so weiß man, hauptsächlich durch Cicero, daß die Ansprüche und Prozesse in der ersteren Richtung judicia, in der andern arbitria hießen. Das arbitrium war genau dasselbe, was später bonae fidei judicium genannt wurde, wie unzweifelhaft aus Cicero's Beschreibung selbst [2]) hervorgeht, und wobei wir durch die spätere Unterscheidung der actiones arbitrariae von den b. f. judiciis nicht irre gemacht werden dürfen. Das ganze römische Rechtssystem war der Erweiterung von Tag zu Tag besonders dadurch geöffnet, daß sich frühzeitig die Ansicht geltend machte, wie der magistratus, welcher das Recht sprach, nicht in allgemeine Rechtsgrundsätze gleichsam eingeschlossen sey, sondern unter Umständen das Recht nach dem Falle finden dürfe. Es gab daher nicht nur formulae in jus, sondern auch in factum conceptae: und es gab nicht nur ein Recht der Partheien und des Magistratus, den Anspruch dem Rechtsgrunde und Gegenstande nach auf das Bestimmteste

2) Cicero pro Roscio Commodo cap. 4. — de officiis lib. 3. c. 17. — topica c. 17.

Digitized by Google

zu fassen, so daß der judex nur der Formel gemäß verurtheilen konnte, sondern auch unter Umständen ein Recht, die Untersuchung sowohl des facti als des Rechtspunkts in das Ermessen des judex zu stellen. In letzterer Hinsicht genügte eine ganz allgemeine Verweisung der Sache durch den magistratus an den judex, gewöhnlich mit dem Beisatze ex fide bona [3]), quantum aequius melius [4]) oder ut inter bonos bene agi oportet [5]). Sehr natürlich ist es, daß in einem solchen Falle der Anspruch auf etwas Ungewisses dem Grunde oder dem Objekte nach gerichtet seyn muß; denn war Fundament und Objekt ganz bestimmt, so bedurfte es nur der Untersuchung des facti, und die Condemnation in ihrer unbedingten Vollziehbarkeit hing von nichts Weiterem ab. Daher sagt Cicero, das arbitrium sey pecuniae incertae, das judicium aber certae, dieses directum, asperum, simplex, jenes mite, moderatum; daher war bei dem ersteren über das ob und wie viel das officium judicis nöthig, und gewöhnlich fanden hier Anspruch und Gegenanspruch ihre Verhandlung (quid quemque cuique oder alterum alteri praestare oportet) [6]); bei den letzteren dagegen war der Prozeß viel kürzer, es war der Name condictio aus dem alten Verfahren der legis actio als der günstigsten Art desselben wahrscheinlich blos deßhalb auch in dem Formularprozesse beibehalten; die Neuesten sprechen daher von einem summarium judicium [7]), Einer vergleicht dies judicium mit unserm Exekutivverfahren [8]). Bei der weiteren Entwicklung der verschiedenen Rechtsgeschäfte und Obligationen nahm man zwar beständig auf diesen Gegensatz Rücksicht, aber es fehlte auch nicht, daß die beiden

3) Cicero de officiis III. 15 und 17. Gajus IV. 41, 47, 54, 60.
4) Cicero top. c. 17.
5) Auch Cicero ad div. VII. ep. 12.
6) Cicero pro Roscio c. 4. 5. Seneca de beneficiis III. 7., auch Cicero de off. III. 17. top. c. 17.
7) Stever de summario Romanorum judicio seu de stricti juris et bonae fidei actionibus Lips. 1822.
8) Heffter, Institut. des Proz. S. 386. 390.

Digitized by Google

Gegensatzpunkte sich näherten, denn es kam nicht nur eine condictio incerti auf, die dennoch ein judicium stricti juris blieb, wie bei der Klage auf Bestellung einer Servitut oder eines Pfandrechts, weil man der Dinglichkeit dieser Rechte wegen hier die Rücksichten, die bei der Einräumung einer speciellen körperlichen Sache statt fanden, (dare rem certam) annahm; ferner bei Bestellung einer Kaution, Wiederherstellung einer Obligation, Liberation von einer Obligation, weil oft derselbe bestimmte Rechtsgrund (causa) vorhanden war, welcher gewöhnlich eine condemnatio certi nach sich zog: — sondern es fand natürlich hier auch eine Taxation und ein officium judicis statt [9]), überdies wurde es möglich, die Folgen einer stricti juris obligatio, besonders bei Verträgen, durch eine clausula aufzuheben, und das formell als stricti juris negotium eingegangene Geschäft zu einem bonae fidei contractus umzuschaffen, wie schon Cujacius [10]) und Avezan [11]) bemerkt haben [12]); endlich geschah es besonders durch die Detailentwicklung der b. f. judicia, daß nicht nur ihr Umfang nach der Natur der einzelnen Rechtsgeschäfte genau bestimmt wurde [13]), sondern auch, daß sich feste Regeln für das officium judicis bildeten, wornach die b. f. judicia selbst den stricti juris actionibus in der That sich näherten, und wodurch bei dem natürlichen Siege der auf dem Aequitätssystem entstandenen Rechtsgrundsätze es gewissermaßen kommen mußte, daß die Imperatoren im Zweifel Rechtsansprüche nach diesem Systeme behandelt wissen wollten, wie dies z. B. bei der hereditatis petitio ausgesprochen ist [14]), und daß Justinian selbst im Prinzip keine Bedeutung auf den ganzen Unterschied mehr legen wollte, wie man dies am besten in seiner

9) Gajus IV. 51; doch werden wir unten immer noch einen Unterschied zu den b. f. judiciis kennen lernen (§. 5.)

10) Z. B. obs. lib. 22. c. 8.

11) Meerman thes. tom. IV. pag. 45.

12) Man sehe auch die L. 3. cod. de exception.

13) Und hier ist immer der §. 28. J. 4. 6. die Hauptstelle.

14) L. ult. §. 3. Cod. 3, 31.

Digitized by Google

Constitution über die actio rei uxoriae erkennt [15]). Dennoch ist es nöthig, nicht nur die einzelnen Verhältnisse zu untersuchen, wo noch immer im corpus juris die Natur der stricti juris actio und die der b. f. actio bestimmt hervortritt, sondern auch bis in das Detail zu verfolgen, was noch von diesem Unterschiede abhängt.

§. 3.

Zimmern [16]) behauptet, vielleicht auf Mühlenbruch's Auctorität, daß die noch im justinianischen Rechte hervortretenden Entstehungsgründe der stricti juris obligationes zuerst von Gans in seinem Obligationenrecht entdeckt worden seyen; allein dem müssen wir widersprechen, indem dergleichen Dinge den großen Meistern der französischen Schule nicht entgingen. Nur haben diese die Sache noch natürlicher und wahrer dargestellt, als es von Gans geschehen ist. Schon Avezan in seiner bekannten Schrift über die Verträge [17]) charakterisirt die obligationes juris stricti so, daß hier Alles allein davon abhänge: quid et quantum *datum* sit, quid *scriptura* comprehensum, quid *linqua* pactum conventumque, et his veluti *claustris* et cancellis circumscribitur obligatio. Ganz ebenso drückt sich der gleichwohl von Avezan nicht citirte Cicero pro Roscio c. 5. aus, indem er die Worte gebraucht: „pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata." Es ist daher kein Zweifel, daß die stricti juris obligatio kam vel ex re vel ex formula. Wenn Gans mit der lex als ersten Grund der obligatio stricti juris anfangen zu müssen glaubte, so wurde er blos von seinem aprioristischen Standpunkte und von der zufälligen Titelüberschrift in den Pandecten und im Codex „de condictione ex lege" dazu verführt [18]). Hier aber bedeutet condictio offenbar schon

15) Cod. 5, 13.

16) Der römische Civilprozeß §. 61. Note 3.

17) Meerman thesaur. tom. IV. pag. 40.

18) Daher verdient Hefter nicht den ihm von Zimmern §. 61. Note 9. gemachten Vorwurf, daß er die actio ex testamento

nichts anders als im Allgemeinen die actio in personam. Im alten Rechte wurden obligationes, die sich nicht in den freien Willen der Partheien gründeten, als re begründet dargestellt, und dahin gehörten dann auch diejenigen Fälle, in welchen ein Gesetz wegen unerlaubter That dem Verletzten einen bestimmten Anspruch gesichert hatte. In dieser und keiner andern Beziehung wurde auf eine obligatio ex *lege* aquilia, cornelia, julia de adulteriis [19]) verwiesen, und es wäre daher nöthig gewesen, daß Gans dieses Verhältniß nicht unbestimmt allgemein, sondern positiv genau angegeben hätte. Die Sache verhält sich in der That nach römischen Vorstellungen, wie jetzt näher folgt: die obligationes ex re kommen entweder ex re licita vel illicita. Bei beiden hängt es wieder davon ab, ob ihre Begründung durch das alte Civilrecht, d. i. lex und quod legis vicem obtinet, und durch legis interpretatio, mores, auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum, sicher, und der Gegenstand der Forderung hiernach bestimmt war, oder nicht. Nur im ersteren Falle war die obligatio stricti juris. Darüber aber läßt sich im Allgemeinen nichts weiter sagen, sondern das Einzelne muß positiv-historisch entwickelt werden. Und dies geschieht zunächst durch die Entwicklung des Condictionensystems im engern Sinne, so wie die Spuren desselben noch im XII. und XIII. Buche der Pandecten vorkommen. Merkwürdig ist dabei nur, daß die obligatio ex re illicita entweder schon in den XII. Tafeln oder durch spätere Quellen des Civilrechts speciell bestimmt [20]), auch wohl durch das Edikt genauer gefaßt [21]) — daß dagegen die res licita in so allgemeinen Gründen der materiellen Gerechtigkeit bestimmt war, daß man von diesen Obligationen sagen mußte,

---

zu den condictiones ex lege gestellt hat, denn nimmt man einmal solche an, so kann man sich wohl auch hier auf die XII. Tafeln berufen.

19) L. 28. D. 48, 5.

20) (Juris civilis intentio.)

21) Gajus IV. 45 f. vergl. mit IV. 37. Zimmern §. 34.

Digitized by Google

sie kämen ex aequo et bono und entsprächen dem jus gentium [22]). Das bonum et aequum drückt aber hier nichts anders aus, als daß der Grund der Verbindlichkeit hier nicht in einer Form, sondern in der Sache selbst liege, wie auch schon Cujacius bemerkt hat [23]). Die Bestimmtheit des Objekts ist hier nicht weniger durch den Anspruch selbst gegeben, wie z. B. wenn certa pecunia gelehnt war, daher die Römer den Ausdruck gebrauchten „naturalis praestatio." Es war deßhalb hier ursprünglich kein officium judicis zur Ausmittlung des quantum nöthig, wenn auch das Prinzip verschieden war, z. B. bei der condictio indebiti der Anspruch nicht auf das ging, was gegeben war, sondern in quantum locupletior factus est debitor. So viel hier von den obligationibus stricti juris ex re natis, d. i. von den hieher gehörenden Obligationen ex maleficiis und von denen ex condictionibus, das Wort im engern Sinne genommen. Die andere Quelle der obligatio stricti juris ist die formula negotii (scriptura, linqua). In der Regel ist nur von den Geschäften unter Lebenden die Rede, welche in unserm gemeinen deutschen Rechte nicht mehr vorkommen; aber es gehört auch hieher das Testament als ein eben so formelles Geschäft, wie die stipulatio. Nicht damit verwechseln darf man die Verfügungen mortis causa im Allgemeinen, denn nicht alle begründeten bekanntlich eine obligatio stricti juris — gewiß nicht die fidei-commissarischen Anordnungen [24]), auch nicht diejenigen, welche die Ansprüche der Erben gegen einander erzeugen, endlich ist bei dem Legat wohl gewiß, daß die obligatio aus einem Damnationslegat stricti juris war, nicht aber die aus einem Präceptionslegat [25]). Ueber den Inhalt der Obligation aus dem legato sinendi modo relicto scheinen ohnehin die römischen Juristen nicht einig gewesen

22) L. 64. D. 12, 6.

23) Observ. lib. 22. c. 14.

24) Sie hatten cognitiones zur Folge.

25) Gajus lib. II. §. 219.

Digitized by Google

zu seyn [26]). Unklar drückt sich im Ganzen Avezan aus, wenn er ganz allgemein sagt, die actio ex testamento sey stricti juris gewesen, aber habe oft den Charakter einer b. f. actio angenommen, wobei er sich auf L. 48. §. 4. D. 30. beruft, welche nur sagt, daß wenn ein Legat nicht voll- und gehörig ausgeliefert sey, der Erbe deßhalb Rechenschaft stehen müsse. — Auf diese Art ist der Umfang der stricti juris obligationes nachgewiesen, und zwar in den civilrechtlichen Ansprüchen ex delicto, in jenen ex condictionibus nach dem noch gangbaren System des XII. und XIII. Buchs der Pandecten, in jenen ex stipulatu und aus dem Literalkontrakt — endlich in gewisser Hinsicht bei den Ansprüchen ex testamento.

§. 4.

Vor Allem ist jetzt Einiges über die b. f. actiones zu erwähnen. Man muß nur nicht denken, daß dieser Begriff nach einem bereits vollendeten Rechtssystem entstanden ist, um hiernach Alles in einen bestimmten Gegensatz zu bringen; vielmehr ist er die Folge des im Einzelnen hervorgetretenen prozessualischen Bedürfnisses, und daher überall auf das Einzelne zurückweisend. Deßhalb konnte es nicht anders kommen, als daß Justinian die actiones bonae fidei im §. 28. J. 4, 6. specifizirte, und nur noch im Allgemeinen darauf aufmerksam machte, daß die actiones arbitrariae in der durch die Formularjurisprudenz entstandenen besonderen Ausbildung nicht damit zu verwechseln seyen. Justinian führt hier richtig an:

a) daß die actiones arbitrariae sowohl actiones in rem (petitoria formula) als in personam (besonders in factum concipirte) actiones waren, und daher nicht blos auf das Obligationenrecht sich beziehen;

b) daß sie vorkamen, wo es sich von einem Exhibitions- oder Restitutionsbefehl handelte, so daß, wenn Exhibition und Restitution nicht, und auch nicht Absolution erfolgte, der judex zugleich angewiesen war, die Entschädigung zu arbitriren. Justinian führt die vorzüglichsten Klagen dieser

26) Gajus II. §§. 213. 214.

Digitized by Google

Art an; außer der dinglichen (publiciana, quasi serviana) die actio ad exhibendum, quod metus causa, de dolo [27]). Nur die actio de eo, quod certo loco stimmt nicht mit dieser als Prinzip dienenden Regel überein, sondern das arbitrium ist hier unter besondern Umständen auf das Interesse loci gewendet, was jedoch näher zu entwickeln nicht hieher gehört. Merkwürdig ist, daß es scheint, wie alle actiones b. f., wenn sie auf Exhibition oder Restitution eines Besitzes angestellt wurden, wegen der Entschädigung, sofern die Exhibition oder Restitution nicht erfolgte, als arbitrariae aufgestellt werden konnten, wenn der Kläger es wollte [28]). Das arbitrium hatte auf diese Weise seinen besondern Zweck, und unterschied dadurch sich von dem Wesen der b. f. judicia in ihrem Gegensatz zu den actiones stricti juris. Das charakteristische Verhältniß der b. f. actiones aber tritt in seinen Wirkungen nur durch die Zusammenstellung so vieler Einzelnheiten hervor, daß es ganz vergeblich ist, mit einigen allgemeinen Worten es bezeichnen zu wollen, obgleich dieses der gemeine Fehler fast aller Schriftsteller darüber ist. Auch wir wollen übrigens nicht erschöpfend seyn, aber doch unsere Betrachtungen so anstellen, daß der Leser dasjenige, was schon im justinianischen Rechte als praktisch verschwunden ist, gleichsam herausfühlen kann.

§. 5.

Zu unterscheiden sind hier die rein prozessualischen Wirkungen von den andern Folgen, obgleich die letzteren alle mit jenen zusammen hängen.

1) Der prozessualische Hauptunterschied ist sehr natürlich in der Zeit des ordo judicii privati zu finden. Das judicium stricti juris und das jud. b. f. kommen darin überein, daß der Prätor nicht für sich allein, sondern in beiden Fällen

27) Die interdicta exhibitoria und restitutoria gehören auch hieher — ferner die aquae pluviae ascendae actio — und weniger streng nach dem Prinzip die actio finium regundorum.

28) Zimmern S. 212.

Digitized by Google

mit Hülfe des judex judicirt; aber im ersten Falle erhielt der judex eine ganz speciell bestimmte Instruktion, so daß seinem officium nichts überlassen blieb. Wenn im Laufe der Zeit durch die condictio incerti etwas hieran verändert scheint, so muß man mit Mühlenbruch [29]) nicht nur die einzelnen zur incerti condictio gehörenden Fälle als natürliche Ausnahmen [30]) gehörig aufführen und begründen, wie wir auch schon oben zum theile im §. 2. gethan haben, sondern man muß auch wissen, daß in der Regel durch eine sponsio im Prozesse, wie bei der actio auf Constituirung einer Servitut (dare servitutem) oder schon vorher durch eine stipulatio certi, wie bei Ansprüchen auf eine Kautionsstellung das certum herbeigeführt wurde. Ganz anders bei den b. f. negotiis, welche nicht nur auf ein facere oportere gehen, und darin von Natur ein incertum mit sich führen, sondern die in der freien gegenseitigen Bewegung der Partheien in den gewöhnlichen bürgerlichen Geschäften des täglichen Lebens Anspruch und Gegenanspruch erzeugen, welche vom judex gegen einander abgewogen werden müssen, wodurch sich eine neue Seite des officii judicis hervorhebt. Hieraus folgt, daß dem judex nicht nur das factum, sondern Wesentliches im puncto juris überlassen seyn mußte, namentlich das Erwägen der Umstände, unter welchen die obligatio nicht bestehen kann [31]), und die bei den strícti juris obligationibus

29) Heidelberger Jahrbücher 1821 S. 59 — 61.

30) Siehe darüber oben §. 2.

31) Exceptio doli, metus und andere Einwendungen pacti conventi der Gegenansprüche u. s. w. Aber man muß nicht denken, daß bei einem b. f. judicium gar keine Einrede habe vorkommen können, man denke nur an die exceptiones procuratoriae, cognitoriae, rei judicatae, quod facere possit etc. Der error hat dieselben Folgen bei den act. str. jur., wie bei denen b. f. — Avezan l. c. pag. 48. Nur hat man manchmal behauptet, bei der Untersuchung des Umstands, ob ein wesentlicher Irrthum vorhanden sey, müsse bei den b. f. negotiis auf die Intention der Partheien Rücksicht genommen werden.

in der formula dem judex speciell mußten vorgeschrieben seyn, ferner das Erwägen der Umstände, unter welchen das quantum der obligatio verringert wird, in welcher Beziehung die compensatio oder deductio, wie eben die exceptio, ipso jure dem judicium inwohnt, nicht weniger das Erwägen der pacta adjecta, die, wenn sie ex continenti sind, nicht nur ex parte rei, sondern auch ex parte actoris in Anschlag kommen, während die ex intervallo wie jedes pactum als Exception und Replik berücksichtigt werden können [32]), endlich das Erwägen der Natur des Rechtsverhältnisses im Sinne und Geiste der Partheien, worauf sich besonders die bekannte Aeußerung des römischen Juristen bezieht — tantumdem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio [33]). Aus dieser Idee folgt denn Mancherlei über Interpretation der Rechtsgeschäfte und über die Prästation der Nebenleistungen. Von demjenigen, was hier angeführt ist, ist in unserm gemeinen deutschen Rechte Alles, was sich auf Exceptionen, Compensationen oder Deductionen, und pacta adjecta bezieht, bekanntlich unpraktisch, nicht aber dasjenige, was vom letzten Standpunkte aus angeregt wurde [34]), deßhalb wollen wir

2) die Veränderungen gar nicht untersuchen, die in formeller Hinsicht, d. i. im Prozeßverfahren mit der Aufhebung des alten ordo judicii eingetreten sind, und die ohnehin bei den Römern selbst weniger theoretisch behandelt, als dem Geschäftsgange überlassen wurden [35]).

---

32) L. 7. §. 5. D. 2, 14.

33) L. 7. D. 3. 5.

34) Ueber die poena temere litigantium und über die plus petitio, Mühlenbruch a. a. O. S. 52.

35) Sehr unbestimmt und ausweichend ist, was Zimmern sagt S. 281. „Wenn es auch etwa beim Klagvortrag selbst mit der formellen Fassung nicht so streng genommen wurde, so mußte doch der Richter durch den Sachvortrag belehrt, welche Klage vorliege, die materiellen Wirkungen eintreten lassen.“

Digitized by Google

Vielmehr wollen wir nunmehr untersuchen, auf welche Weise, abgesehen von dem Prozessualischen, das officium judicis in den b. f. actionibus sich äußert; wir führen an:

1) die Freiheit in der Interpretation [36]);

2) die Bestimmung des Objekts, theils in der Hauptsache, theils in den Nebensachen an sich sowohl, wie hinsichtlich der Mittel der aestimatio.

§. 6.

I. Bei der aestimatio der Hauptsache kömmt, wie bei jeder Taxation, zunächst Alles auf Zeit und Ort an.

1) Die Zeit ist bei den b. f. judiciis die des Urtheils [37]), bei den stricti juris actionibus aber die der litis contestatio. Jedoch muß auch bei den letztern die Verbesserung angeschlagen werden, welche von der Litis-Contestation bis zur Condemnation der Sache zugeht [38]), und insoferne konnte man allgemein sagen, condemnationis tempus spectandum [39]). Consequent mußte auch angenommen werden, daß die Steigerung des Werths der Sache bis zur Condemnation dem Kläger zu gute kömmt [40]). Ist ein Erfüllungstag festgesetzt worden, so wird schon von diesem an der Werth der Sache berechnet [41]).

36) Man sehe L. 99. D. 45, 1., vergleiche auch Cujacius in observ. lib. 27. obs. 23. tom. IV. pag. 774.

37) Der beste Grund dafür findet sich bei Keller von der Litis-Contestation S. 185. „Weil der Judex nach seinem ausgedehnteren Officium Befugniß und Pflicht hatte, auch auf die nach der Litis-Contestation eingetretenen Thatsachen Rücksicht zu nehmen."

38) Zimmern §. 122.

39) L. 3. D. 13, 3. (eine oft mißverstandene Stelle).

40) Heidelb. Jahrbücher 1821 S. 58.

41) Hieraus erklärt sich der Satz: fur semper moram facere videtur. Bei der lex aquilia ist speciell bestimmt, wie weit man zurückrechnen darf. L. 3. f. D. cit. L. 8. §. 1. D. 13, 1. L. 3. §. 3. 4. L. 21. §. 3. D. 19, 1. Die Begünstigung des b. f. possessor bei dem zufälligen Untergang der Sache gehört eigentlich nicht hieher. L. 40. pr. D. de h. p. (5. 1.)

Digitized by Google

2) Der Ort ist bei der b. f. judiciis sowohl, wie bei denen stricti juris derjenige, quo petitur; wäre aber ein bestimmter Erfüllungsort festgesetzt, so kann das Interesse bei den b. f. judiciis durch das judicium der Hauptsache geltend gemacht werden, bei den stricti juris actiones war nicht anders als durch eine eigene arbitraria actio zu helfen (de eo, quod certo loco); denn bei den stricti juris judiciis kann eigentlich nur an dem Erfüllungsort geklagt werden.

II. Hinsichtlich der Nebensachen ist es eine allgemeine Regel, daß diese a tempore litis contestatae gefordert werden. Es findet hier kein Unterschied der b. f. und str. jur. judicia, kein Unterschied zwischen fructus und andern Nebensachen statt. Zwar meint Faber in seinen errores pragmatic. dec. XI. err. 1. — usurae morae könnten bei stricti juris judiciis auch nicht a tempore litis contestatae gefordert werden, aber seine Gründe sind nicht befriedigend, einestheils weil er klare Stellen wegraisonirt, anderntheils weil er Alles in den Unterschied der natürlichen und rechtskünstlichen Accessionen setzen will, von welchen die Römer wenigstens in diesem Punkte nichts abhängig gemacht haben [42]). Dagegen kann bei den stricti juris negotiis keine mora und folglich auch kein Zinsrecht vor der Litis-Contestation angenommen werden, wohl aber bei den bonae fidei negotiis [43]). Eine Ausnahme in der ersteren Hinsicht ist bei dem mutuo durch den Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600 §. 139. gemacht, so daß von dem Darlehner usurae morae entrichtet werden; es ist aber gewiß unrecht, mit unsern deutschen Praktikern dieses weiter auszudehnen, indem man aus der Verordnung selbst sieht, wie diese durch die concrete Billigkeit des Darlehensfalles erzeugt ist, und eine allgemeine Correction des römischen Rechts nicht, am wenigsten in einem auch auf andere Geschäfte und Verhältnisse hineinlaufenden Rechtsprinzipe gelten machen sollte. Dafür bürgt der Tenor

42) Keller, von der Litis-Contestation S. 172.

43) L. 32. §. 2. D. 22. 1.

und die Geschichte der ganzen Verordnung. Wie kann man wohl hiernach eine Zinsenforderung bei den übrigen [44]) Condictionen rechtfertigen?

Im Allgemeinen ist noch anzuführen:

I. Das Prinzip der L. 5. D. 22, 1. Generaliter observari convenit, bonae fidei judicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur. Es liegt aber hierin kein Gegensatz zu den stricti juris judiciis, denn der Prätor denegirte sogar die Klage aus der auf solche Leistungen ausdrücklich gestellten stipulatio: vielmehr soll mit jenen Worten nur ausgedrückt werden, daß das officium judicis hier eine natürliche Grenze habe.

II. Das besonders bei der actio rei uxoriae hervortretende Prinzip, daß nur bei den b. f. judiciis das sogenannte beneficium competentiae in Betracht kömmt, dagegen bei den negotiis stricti juris in solidum condemnirt wird. Man vergleiche Steman de veteris dotis actionum differentiis. Kiliae 1826 §. 14. Im Uebrigen sind unsere Quellen in diesem Punkte in der That so ärmlich, daß man diesen Grundsatz im Detail der einzelnen stricti juris obligationes nicht nachweisen kann.

§. 7.

Wenn es nun zuletzt auf die Beweismittel bei den actionibus b. f. und str. jur. ankömmt, so muß man unterscheiden:

A. Bei den action. str. jur. die Fälle, wo ein certum gefordert wird, sey dies certum an sich, oder durch poenae stipulatio, und die Fälle, wo nach der Natur der Sache ein incertum vorliegt, wie z. B. bei der actio ex lege aquilia. In ersterer Hinsicht gilt es der Untersuchung eines einfachen facti, wozu die gewöhnlichen Beweismittel hinreichen; in

44) Man vergleiche auch die L. 22. D. 39, 5, wornach bei einer Schenkung deßhalb keine Verzugszinsen bezahlt werden, cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur. Will man behaupten, daß auch diesen Fall der Reichsdeputationsabschied verändert habe?

Digitized by Google

der andern Hinsicht muß das officium judicis einigen Spielraum haben, der judex hat hier die aestimatio zu machen.

B. Bei den actionibus bonae fidei aber ist zu unterscheiden, ob der Kläger sich in den dolus [45]) und die diesen in sich enthaltende contumacia [46]) gründen kann oder nicht [47]). Im ersten Falle findet das juramentum in litem statt, im andern kann nur der judex die aestimatio machen. Das jurare in litem ist also ein Vorrecht bei den b. f. judiciis, welches auch bei den actionibus in rem und ad exhibendum statt findet, sofern wegen nicht eintretender Restitution oder Exhibition das Interesse geleistet werden muß [48]). Nur in einem einzigen Falle findet das juramentum in litem auch bei stricti juris Obligationen statt, nämlich wenn mittelst Stipulation die Ablieferung eines Gegenstands zu einer bestimmten Zeit zugesichert war, und bei eintretender Säumniß der Gegenstand unterging, und daher nicht mehr in natura geliefert werden kann; hier soll der Eid gebraucht werden, quia judex aestimare sine relatione juris jurandi non potest rem, quae non extat [49]).

Zuletzt ist nur noch zu erwägen, ob nicht bei dem jusjurandum oder bei der aestimatio judicis gewisse Grundsätze und Richtungspunkte gesetzlich vorgezeichnet sind. Wir bemerken:

1) die aestimatio judicis hat natürlich einen rein objektiven Standpunkt. Wenn die römischen Juristen von einer affectus ratio gesprochen haben [50]), so bedeutet dieses nicht, daß das Subjektive des Werths in Anschlag gebracht werden solle, was in der That gar nicht ästimirt werden kann, sondern daß gewisse juristische Dinge und Eigenschaften einen beson-

45) L. 5. §. 3. D. 12, 3.
46) L. 1. D. eod.
47) Es versteht sich, daß die culpa lata dem dolus auch in dieser Beziehung äquiparirt wird.
48) L. 6. D. 12, 3.
49) L. 5. §. 4. D. 12, 3.
50) Z. B. L. 54. D. 17, 1.

dern Eindruck in den Augen des Richters machen sollen, wie in unserer lex das Beispiel bei der aestimatio des servus zeigt: finge filium naturalem vel fratrem esse, und wie auch schon Cujacius ausgeführt hat [51]). Dadurch folgt dann, daß in solchen Fällen nicht nur das pecuniäre Interesse, welches ästimirt werden kann, sondern auch das übrige juristische Interesse, das letztere natürlich auf seinem Wege, z. B. daß der Beklagte den servus entlassen muß, realisirt werden muß;

2) das jusjurandum soll doch immer mehr eine blos moralische, als eine juristische Sicherheit gewähren, und deßhalb sagen die Römer: item si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare [52]). Für den Schwörenden selbst lassen sich ebendeßhalb keine juristischen Regeln und Cautelen geben; weil aber der Schwur nur das Gewissen, nicht die juristische Pflicht des Richters bestimmt, so kann dieser auch im voraus eine quantitative Grenze bestimmen, so daß er in dieser seiner Ueberzeugung von dem Maximum des Interesses noch durch jene moralische Kraft bestärkt werden will [53]).

§. 8.

Das Resultat unserer bisherigen Darstellung ist:

1) Der Unterschied zwischen str. jur. und b. f. actiones findet sich nicht nur dem Namen, sondern auch wirklichen praktischen Folgen nach im justinianischen Rechte. Abgesehen nämlich von den mit dem abgekommenen ordo judicii unmittelbar zusammenhängenden Folgen sind hier zu berücksichtigen

a) wegen des römischen Kontraktssystems das Verhältniß der pacta adjecta,

---

51) Opera tom. IV. pag. 260.

52) L. 5. §. 2. D. 12, 3.

53) L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. 12, 3.

b) die größere Freiheit der Interpretation bei den b. f. actionibus,

c) alles, was über das officium judicis hinsichtlich der aestimatio in den §§. 6. 7. ausgeführt ist.

2) Auch hat das Auseinanderkennen der obligationes str. jur. und b. f. im justinianischen Rechte keine Schwierigkeit. Die Obligationen des Condictionensystems, die gesetzlichen ex delicto, die vertragsmäßigen ex stipulatu und die oben bezeichneten ex testamento sind juris stricti, die im §. 28. J. 4, 6. angegebenen aber b. f. Dabei muß man nur noch bemerken, daß es viele den Obligationen str. jur. et b. f. nachgebildete in factum obligationes gibt, die nach ihrem Muster bald str. jur., bald b. f. sind. So sind die actiones praescriptis verbis auf ein dare oportere stricti juris; die Klage aus der permutatio, die der emtio und die aestimatoria, die der Mandatsklage nachgebildet scheint, b. f. [54]). Endlich versteht sich, daß diejenigen Obligationen, die nicht b. f. sind, aber auch deßhalb nicht str. jur. zu seyn brauchen, doch jedenfalls nicht an den Wirkungen der b. f. Obligationen Antheil nehmen, wie z. B. oben von der Schenkung angeführt ist.

3) Im gemeinen deutschen Rechte fällt die Stipulation und Alles, was sich auf pacta adjecta bezieht, wegen des veränderten Vertragssystems von selbst weg [55]); auch wird das Darlehen hinsichtlich der Verzugszinsen durch ein ausdrückliches deutsches Reichsgesetz den b. f. Geschäften gleichgestellt; im übrigen aber ist durchaus nicht abzusehen, warum und unter welchen Umständen eine weitere Aufhebung des justinianischen Unterschieds zwischen b. f. und str. jur. actiones erfolgt seyn sollte, zumal auf die Aufrechthaltung dieses Unterschieds die Bestrebungen der Rechtsverständigen

54) De Retes im Meerman'schen thesaur. tom. IV. pag. 112.

55) Hugo sagt, alle Verträge seyen bei uns wie Stipulationen, nur daß dabei bona fides immer berücksichtigt werde. Sein Lehrbuch des civilistischen Kursus IV. Band, 7te Ausgabe, S. 250.

von den Glossatoren bis auf unsere Tage gerichtet waren, wie unter andern besonders Anton Faber und Johann d'Avezan auf das Kräftigste und Bestimmteste bezeugen. Was würde auch aus den nöthigen, positiv sicheren allgemeinen Grundsätzen über den Gebrauch des corpus juris werden, wenn einzelne Rechtsgelehrte die praktische Anwendbarkeit dieses oder jenes Rechtsinstituts blos deßhalb wegläugnen könnten, weil es nicht mehr jene Bedeutung hat, die es ursprünglich einnahm, oder auch nicht einmal mehr jene, welche noch im justinianischen Rechte vorkömmt [56]). Mögen unsere Juristen bei dieser Gelegenheit an die Worte des Dichters denken, wenn diese Worte gleichwohl nur bezwecken, die Schattenseite einer mit der Menschheit in der Fortentwicklung gehenden Wissenschaft darzustellen!

Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.

Nur das müssen wir dem Dichter entgegen halten, daß mitten unter den Trümmern alter Institute und Rechte neues Leben erblüht, und zu einer neuen Ordnung aufstrebt. So werden wir bei den Systemen des gemeinen deutschen Civilrechts weder bei den Klagen, noch bei den Obligationen in den Unterschied der b. f. und str. jur. obl. eine allgemeine Bedeutung legen, sondern nur etwa in der geschichtlichen Einleitung dieses Verhältniß ausführen, um in den einzelnen Punkten, wo noch etwas davon abhängt, einfach dahin zu verweisen. Dagegen fehlt es unserm Obligationensysteme nicht an Grundsätzen für die richtige Klassificirung der einzelnen Obligationen, und wir beziehen uns deßhalb z. B. nur

56) Im übrigen wollen wir nicht läugnen, daß manchmal noch unter den Neuesten ein Unterschied von Rechtsfolgen aus dem Verhältnisse der b. f. und str. jur. negotia angenommen wurde, der sich nicht nachweisen läßt. Mühlenbruch doctr. Pand. §. 192. und mit Recht dagegen v. Wening in seiner, Linde's und Marezolls Zeitschrift I. Bd. S. 358.

Digitized by Google

auf das Heisische System. Der Gedanke desselben ist offenbar als Regel richtig, daß wenigstens nach gemeinem deutschen Rechte (im Gegensatze der Partikularrechte) nichts von der Form der Eingehung der Obligationen oder der Anbringung der Klagen und des Prozesses, sondern vielmehr Alles von deren Inhalt nach der verschiedenen Art der Leistungen abhängen soll. Daher laufen hier sogar Vertrags- und andere Obligationen in einander, weil es auch nach diesem Prinzipe nicht einmal darauf ankommen kann, ob die obligationes ex consensu oder ex re kommen, sondern es sich nur fragt, ob beide Theile prästiren oder der eine Theil, und worin überhaupt die Prästation besteht. Freilich kommen hier noch manche Schwierigkeiten in Beziehung auf die Verschmelzung römischer Ansichten mit dem neuen Systeme vor, und wir wollen nur ein Beispiel aufführen. Wenn bei einer vertragsmäßigen Obligation der eine Theil erfüllt hat, der andere nicht, gilt das Prinzip der Consensualkontrakte, also das der römischen Formalität, wornach nur auf Gegenerfüllung geklagt werden kann, oder gilt das der Condictio, wornach das Gegebene zurückgefordert werden kann, weil es bei uns auf die Form des Vertrags nicht ankömmt, und die Römer bei unförmlichen Verträgen wenigstens den innominatis dies angenommen haben? In Deutschland zweifelt man bei den Consensual- und benannten Realverträgen noch immer nicht an der Fortgültigkeit des Prinzips der römischen Formalität, in Frankreich hat man bei diesen sogenannten zweiseitigen Verträgen das Gegentheil, vielleicht durch einen Pothier'schen Irrthum angenommen. — Dies nur gelegentlich, wahrscheinlich werden wir Veranlassung haben, bald auf dieses interessante Thema zurückzukommen [57]).

57) Daß meine Leser die Böhmer'sche Ansicht über die stricti juris actiones kennen, konnte ich voraussetzen. Gelegentlich haben zuletzt über diesen Gegenstand sich erklärt Keller und Maier in ihren Schriften über Litis-Contestation.

Von den Ansichten unserer Zeit über die wichtige Frage der Codifikation.

§. 1.

Völker leiden an chronischen Uebeln wie Einzelne, und es ist eine vergebliche Sache in dem einen und andern Falle, eine schnelle Heilung zu erwarten. Wir wissen daher gar wohl, daß unsere Worte in der angeregten Frage keinen andern Eindruck machen können, als die des Arztes, der bekennt, wie er Alles der Zeit überlassen müsse. Und obgleich gerade in solchen Umständen das orientalische Sprichwort: Schweigen ist Gold: Reden Silber, etwas für sich haben mag, so ist dieses Sprichwort doch nur ein Schild für diejenigen, die nicht reden wollen oder können, und den Einen oder Andern möchte ich nicht beigezählt werden, so wenig, wie denjenigen, die Allen Recht geben, oder allein Recht zu haben meinen.

Auf die nochmalige Untersuchung der Frage hat uns das Buch eines englischen Rechtsgelehrten gebracht, welcher, ziemlich vertraut mit dem Rechtszustande der Völker unserer Zeit, einen gesunden und unbefangenen Blick in das Wesen der Rechtswissenschaft gethan hat, und welchem das Verdienst nicht abgesprochen werden kann, seinen Gegenstand eben so gehaltvoll und tüchtig in concreto, d. i. von dem englischen Standpunkte aus, wie in abstracto behandelt zu haben, obgleich wir in mancherlei Dingen nicht mit ihm übereinstimmen. Das Buch führt den Titel

Lettres sur la Cour de la Chancellerie et quelques points de la Jurisprudence Angloise par M. C. P. Cooper, Avocat Anglois. Nouvelle Edition. A Londres 1828.

Der Titel bezeichnet den Inhalt und die Tendenz des Werkes nicht genau genug. Es ist nämlich wohl von fehler-

haften Einrichtungen der englischen Gerichte und von dem Wunsche, der auch in England herrscht, den Rechtszustand zu vereinfachen, die Rede; aber der Verfasser hat sich mit Recht auf die allgemeine Frage von der Perfectibilität des Rechtszustandes und von den passenden Mitteln dazu eingelassen.

Vor Allem ist merkwürdig, in diesem Buche Beiträge zum Entwicklungsgang des Rechts selbst zu finden. Man erkennt, daß der Weg zur Ausbildung des Rechts, namentlich im Privatrecht, überall gleich seyn wird, weil die Natur auch hier ihren ewigen und unveränderlichen Gesetzen treu bleibt. Nicht die Einsicht und der Wille einzelner Menschen kann Gesetz und Recht in voller Ausbildung in das Leben eines Volkes rufen, sondern in der allmähligen Uebung der Rechtsanwendung bilden sich die Rechte. So geschah dies bei den Römern in den mores, res judicatae, und besonders in den edicta praetorum, und so geschah dies bei den Engländern durch die Jurisprudenz der Gerichtshöfe. Dabei spricht besonders die Aehnlichkeit an, die hinsichtlich der innern Kräfte und der Methode bei dem englischen und römischen Gerichtswesen sich findet: wie nämlich in den römischen Gerichten ein jus strictum und aequum unterschieden, wie ferner das jus, was aus den leges kömmt, dem jus, was aus andern Quellen entspringt, entgegen gesetzt wird; ebenso unterscheiden die Engländer das common-law, die equity [1]), und auf der andern Seite die statuts im Gegensatze des übrigen Rechts; und in ganz gleichen Vorstellungen haben sie ein System des common-law, wie die Römer ein System des juris civilis hatten, und ein System des Rechts der equity, wie die Römer ein System des juris praetorii. Nur war, nach unserem Dafürhalten, in Rom für die Verbindung des juris civilis et honorarii sowohl, wie

1) Ebendeßwegen kennen die Engländer nicht ein unpraktisches Naturrecht wie die Deutschen und Franzosen. Birnbaum im Criminalarchiv XI. Bd. S. 115.

für die prinzipfeste Fortbildung des Rechts selbst eine bessere Gelegenheit theils darin, daß der Prätor zugleich nach jus civile et praetorium richtete, und daß in dem edictum annuum eine sicherere Befestigung der Rechtsgrundsätze statt fand mit der besondern Intention, das jus civile et praetorium ineinander zu verbinden, während in England der Kanzleigerichtshof nach dem Recht der equity ausschließend, die übrigen Gerichtshöfe aber nach dem common-law ausschließend sprechen, ferner die Grundsätze beider Rechtssysteme nur in der Masse der einzelnen res judicatae zu erkennen sind, und endlich ein natürlicher Weg der Verbindung beider Rechtsquellen zu einem Systeme fehlt. Um aber auf das Allgemeine der Rechtsbildung zurückzukommen, so ist durch die übereinstimmende selbstständige Ausbildung des römischen und englischen Rechts gewiß, daß die Detailentwicklung nicht durch Codes, im Sinne der Neuern, geschieht, vielmehr, wenn es zweckmäßig ist, einem Volke durch eine umfassende, auch das System ergreifende neue Gesetzgebung eine neue Bahn des Rechts zu eröffnen, ein solcher Code ebenso nur der Anhaltpunkt seyn wird, an welchem sich die alte und neue Jurisprudenz zu einer neuen Jurisprudenz verbindet, wie dieß bei den Römern durch die XII Tafeln geschehen ist, an deren Hand die alten mores die neuen interpretationes und die Ausfüllung der Lücken durch jus aequum das spätere Rechtssystem bildeten — oder wie dies, seitdem der Code civil in Frankreich besteht, durch die arrêts der Gerichtshöfe, durch die Entwicklungen der Gelehrten mit vielfacher Verweisung auf das vordem in den einzelnen Provinzen Frankreichs geltende Recht der Römer, der coutumes, der ordonnances, und zuletzt mit Beziehung auf die raison ecrite, Billigkeit, Naturrecht u. s. w. geschieht. Im Uebrigen werden unsere Leser aus dieser Darstellung wohl absehen, daß wir nicht gesonnen sind, die Codifikation schlechthin zu verwerfen, oder sie von dem wissenschaftlichen Stande gewisser Zeiten abhängig zu machen [2]); vielmehr scheint uns der

2) Wie wenigstens v. Savignys erste Ansicht war.

politische und der damit zusammenhängende oder oft davon beherrschte Rechtszustand eines Volkes allein die Krise anzuzeigen, in welcher das radikale Mittel der Codifikation angewendet wird. So wäre es z. B. sicherlich als vorgefaßte Meinung zu erklären, wenn man nicht zugeben wollte, daß die französische Revolution ebenso geeignet war, die Zeit einer neuen Gesetzgebung mit der Richtung der Einheit und Allgemeinheit des Rechts für ganz Frankreich zu werden, wie die Zeit der XII Tafeln wohl geeignet zur Aufstellung dieser Art von Codifikation war. Obgleich nämlich der politische und rechtliche Zustand in den eben angeführten beiden historischen Beziehungen ganz verschieden war, indem in der einen Beziehung Gewalt die neue Bahn bezeichnete, in der andern Kapitulation; indem ferner in jener Beziehung ein Reichthum von Rechtssätzen vorlag, in dieser aber die Rechte des Volks viel einfacher waren; so ist doch in beiden Beziehungen ein solcher Umschwung der Dinge eingetreten, daß das juristische Hauswesen neu geordnet werden konnte, und namentlich die Gewohnheit des Neuen in dem Politisch-Administrativen die Veränderung im Privatrechtlichen theils nothwendig, theils wenigstens minder fühlbar machte. Besonders in Frankreich war durch die Revolution so manches Privatrechtsinstitut zerstört, so mancher neue Grundsatz zur Lieblingsidee des Volkes und der Regierung geworden, auch im Ganzen ein Streben nach allgemeiner nationellen Wiedergeburt so allgemein, daß der Code gar nicht ausbleiben konnte. Wir wollen dabei nicht darüber rechten, was das Volk oder die Wissenschaft gewonnen habe, genug, daß man der Codifikation nicht allgemein zuwider seyn darf und kann, so wenig wie andern Einrichtungen des politischen Lebens. Aber ganz anders stellt sich die Frage, wenn man von dem Werthe der Codifikation in abstracto spricht, oder die Frage darauf richtet, ob den Völkern und der Wissenschaft mit der Codifikation überhaupt eine Wohlthat geschehe? Diese Frage muß nämlich deßhalb aufgeworfen werden, weil besonders unter einigen Staatsmännern, die nicht Juristen sind, die

Ansicht herrscht, jede Zusammenstellung des Rechts sey schon deßhalb ein Vortheil, weil auch ein Nichteingeweihter auf diese Art leichter das Gebiet des Rechts übersehen könne. So etwa liest man erst wieder in den neuesten Blättern der Pölitz'schen Zeitschrift. Gerade in dieser Beziehung aber hat Cooper das Gegentheil siegreicher ausgeführt, als irgend ein anderer Schriftsteller [3]). Er zeigt nämlich, wie in dem gegenwärtigen Zeitpunkte der ruhigen Fortentwicklung des englischen Privatrechts durch die Codifikation die Aeste des üppigen Baumes nicht geschnitten, sondern der Baum selbst zu einem unscheinlichen Stumpen verschnitten werden würde, und selbst der große Vertheidiger der Codifikationen J. D. Mayer in Amsterdam [4]) will gegenwärtig in Beziehung auf das englische Recht nur, daß das common-law in einem Werke, ähnlich den Pandekten, und das statute-law in einem andern, ähnlich dem Codex, aufgezeichnet werde. Wer aber wird überhaupt in unsern Tagen zu justinianischen Experimenten rathen! Wir dürfen nie vergessen, daß in unserer Zeit, wo der ächte Sinn der Wissenschaft auf die Verarbeitung des Einzelnsten dringt, und wo Bücher über die verschiedenen Lehren, so wie Einleitungen in das ganze System so befriedigend die unmittelbaren Bedürfnisse der Gegenwart decken, und die Anschaffung dieser Werke dermaßen leicht ist, daß alle Schwierigkeiten der römischen Zeiten verschwunden sind, jeder Weg, das Materiale des Rechts durch die Auctorität des Gesetzgebers auf eine den Bildungsgang desselben erstickende Weise zusammen zu drängen, nur von solchen, die weder das Leben der Völker, noch die Jurisprudenz kennen, gebilligt werden kann. Damit wollen wir aber keineswegs behaupten, daß man nicht Hand an

3) Unter den Deutschen ist darüber zuletzt Vollgraff zu vergleichen in seiner Schrift: die historisch staatsrechtlichen Grenzen moderner Gesetzgebungen. Marburg 1830.

4) De la Codification en général et de celle d'Angleterre en particulier en une serie de lettres adressées a M. Cooper. A Amsterdam 1830.

Digitized by Google

Reformen, wo sie nöthig sind, legen dürfe; ja wir läugnen selbst nicht einmal, daß in der Geschichte eines Volks der Moment kommen kann, wo eine neue Fundamentirung seines ganzen Rechtsgebäudes nöthig ist, und wo an dieselbe eine neue Jurisprudenz sich anbaut; aber als an sich wohlthätig müssen wir das System der Codifikation läugnen, auch wenn die Rechtswissenschaft noch so hoch steht. Cooper hat bewiesen, daß dabei weder die Wissenschaft, noch die Bestrebungen der Richter und Advokaten, noch die Völker gewinnen, und von diesem Standpunkte aus ist seine Schrift gewiß praktischer, als die Werke der deutschen Schriftsteller über denselben Gegenstand. Auch haben die Hauptvertheidiger der Codifikation, z. B. der Engländer Jeremie Bentham, ausdrücklich erklärt, daß der Code von Tag zu Tag fortgehenden Veränderungen unterworfen werden dürfe; ja, es liege im Wesen der Fortentwicklung, daß einzelne Gesetze aus dem Code ausgestoßen und andere recipirt werden, und mit Leichtigkeit werden dann solche Freunde der Codifikation der römischen Idee des edicti annui sich nähern; aber andererseits liegt bei diesen Männern das Fehlerhafte ihrer Ansichten darin, daß sie glauben, die Fortbildung des Rechts dürfe und könne nur durch das Gesetz, und also durch eine in ihren Code eingeschriebene Regel geschehen, so daß weder von der Praxis oder der jurisprudence des arrêts, noch vom recipirten Rechte, noch von dem Naturrechte oder der Aequität, noch von einer Fortbildung durch wissenschaftliches Eindringen in den Geist der Rechtsquellen etwas abhängen könne, weil auf diese Weise der Rechtszustand verwirrt, und das Recht den Augen des Volks entzogen würde. Solche despotische Gewalt wollte das edictum praetoris nicht üben, und in der That hat erst die neueste Zeit in Deutschland bewiesen, daß keine Macht der Erde weder die natürliche Entwicklung des Rechts, noch die der Sprache eines Volks aufhalten kann. Der preußische Gesetzgeber im Landrechte nämlich glaubt, die Quelle des Gewohnheitsrechts abdammen zu können, aber der Gedanke ist so

hinfällig, als der justinianische, wornach dieses Kaisers Sammlung nicht neuen Bearbeitungen unterworfen werden sollte. In Deutschland und in England, wo besonders das Thema der Codifikation besprochen wird [5]), ist die Ursache der ungestümen Wünsche weniger in dem schlechten Zustande der Rechtsbildung, als in der Idee der Zeit zu suchen, ohne eigentliche subjektive Bildung im Fache über alle Angelegenheiten der Politik und des Rechts urtheilen zu können [6]). Die Rechtswissenschaft soll durchaus mit Jedem aus dem Volke kokettiren, und in einer Zeit, wo die Ehre der Wissenschaft sonst so hoch gehalten wird, soll sie allein sich allgemein preisgeben. Wir wollen keineswegs, daß nicht Wege eröffnet werden, wodurch Jeder im Volke sein Recht begreifen könne, und wir loben jede Unternehmung in diesem Geiste; ja, so gewiß die Religion ein Gemeingut aller Menschen ist, und seyn muß, so gewiß auch die Einsicht von den Rechten; aber so wenig jeder Mensch ein Theolog seyn kann, so wenig jeder ein Rechtsgelehrter, und so wenig der beste Katechismus das Volk zu Theologen macht, so wenig der beste Code das Volk zu Juristen. Im Uebrigen wiederholen wir, daß gute Rechtsbücher zur Belehrung des Volks über das Recht ein willkommenes Geschenk sind, aber sie müssen nicht die Prätension haben, das Bild der Rechtswissenschaft darstellen zu wollen. Außerdem wird der Wunsch nach Codifikation besonders in Deutschland durch gemächliche jüngere Praktiker oder durch alte Reformers genährt, weil die ersteren dadurch glauben, Wissenschaft und Erfahrung aus dem Code auf einmal einsaugen zu können, und weil

5) Die deutschen Schriften sind bekannt. Die englischen sehe man in einer Abhandlung von Warnkönig im III. Band der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes S. 231 ff.

6) Was soll man davon sagen, wenn man so oft selbst da, wo von Gesetzen über Mein und Dein die Rede ist, hört, „mit dem historischen Rechte sey es am Ende, jetzt herrsche nur das Vernunftrecht."

die anderen die Sache als eine Gelegenheit ansehen, ihre Plane und Eitelkeit zur Schau zu tragen. Die Sache der Codifikation ist besonders dadurch verwirrt und ungründlich behandelt worden, daß man, wie bei den neueren politischen Einrichtungen der Völker, überall geglaubt hat, der Form und Sache nach auf einem und demselben Wege zum Ziele der Verbesserung zu kommen, ebenso in Südamerika und Spanien, wie in Rußland und Schweden, in Italien, wie in Dänemark u. s. w. [7]). Man wurde dabei vorzüglich dadurch getäuscht, daß man die Codifikations-Experimente hauptsächlich mit Kriminal-Gesetzbüchern machte, wo die weniger feinen Richtungen in Bestimmung der Verbrechen und Strafen das juristische Gefühl überall ziemlich gleich ansprechen oder gleichgültig lassen. Wir behaupten aber, die Frage nach der Perfectibilität des Rechtszustandes ist schlechthin aus den relativen Verhältnissen jeder einzelnen Nation zu lösen, und kann nicht nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt werden. Zum Beweise dieser Behauptung wollen wir nur einmal Frankreich, England und Deutschland betrachten. In Frankreich ist trotz seiner nagelneuen Gesetzgebung so viel zu thun, wie in den beiden andern Ländern, und um davon überzeugt zu seyn, darf man nur den Vorschlag des Herrn de Courdemanche, Plan d'un Code général progressif in's Auge fassen. Es ist nicht zu läugnen, daß die unmittelbaren Quellen des anwendbaren Rechts in Frankreich so umfassend sind, wie in England und Deutschland. Man erwäge nur, daß die alten ordonances und Rechte nicht überflüssig geworden sind, und daß die arrêts des Cassationshofs und der Appellationshöfe in's Unendliche führen. Dazu kömmt die schnelle Abänderung manches Einzelnen, und die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der wandelbaren innern Politik. Die Franzosen suchen sich, wie überhaupt gute Geschäftsleute, durch Zusammenstellungen in Form der Dictionaire zu helfen, oder wie gute Fabrikanten durch

---

7) Hierin geht am weitesten der Engländer Bentham.

Theilung der Arbeit. Auf die letztere Rücksicht ist des Herrn von Courdemanche Plan berechnet, der einen code hypothécaire, de la tutelle etc. so aufstellen will, daß man jedes Neuere leicht nachtragen kann. Hieraus sieht man, daß man in Frankreich sich für die Häufung des Materials von Tag zu Tag fürchtet, und daß man, nicht zweifelhaft über die Beibehaltung der in Frankreich unangefochtenen Grundlage, blos darauf Bedacht nehmen muß, der Fortentwicklung des Rechts auf irgend eine Weise, gewiß aber nicht durch Aufstellung eines neuen Code, einen bessern Geist einzuimpfen. Nach unserer Meinung ist es allein die Belebung der Wissenschaft, die hier helfen kann, welche die wilden Schösse am Baume der Rechtsbildung abschneidet, und das Materiale mit Hülfe einiger tüchtiger Bücher überschaubar machen wird. In England steht die Sache ganz anders. Hier kann nur durch eine andere Gerichtseinrichtung, und was damit zusammenhängt, durch die Verbindung des common-law und des Rechts der equity zur Einheit im Systeme und in der Anwendung geholfen werden. Im Kriminalrechte hat man schon den rechten Weg der Revision der einzelnen genera delictorum eingeschlagen, aber es dürfte sich fragen, ob immer nach den Bedürfnissen der Zeit und nach der Forderung der Wissenschaft? England legt zu viel Werth auf seine Geschichte, als daß es nicht wüßte, wie ihm mit antinationalen Einrichtungen und Plänen nie gedient ist. England hat sein Recht bis hieher am meisten vor dem Einflusse fremder Rechte bewahrt; sollte es jetzt auf einmal der auf fremdem Boden gewachsenen Theorie der Codifikation huldigen? Doch wir wollen uns vorzüglich mit Deutschland beschäftigen. Deutschland steht in mehr als einer Hinsicht zwischen Frankreich und England in der Mitte, und namentlich deßhalb:

1) weil in unserm Jahrhunderte England im Ganzen seinen Institutionen, vorzüglich juristischen, ganz treu geblieben ist, dagegen Frankreich gewaltigen Umwälzungen ausgesetzt war, die sich mitunter auch unserm Deutschland

mitgetheilt haben, dessen politisch-juristischer Zustand gegenwärtig ein Hin- und Herwogen zwischen dem Alten und Neuen, d. i. dem Deutschen und Französischen ist. Zur Bestätigung meiner Ansicht darf man nur den Blick auf die Bestrebungen der einzelnen deutschen Staaten in der Prozeßlegislation werfen. Besonders erklärlich und natürlich ist dieser Zustand in denjenigen zwei süddeutschen Staaten, wo die französisch-politischen Einrichtungen sich immer mehr entwickeln, und wo das eigentliche Prinzip für die Legislation tiefer liegt, als die meisten ahnden, d. h. wo es nicht mit dem Herrn von Holzschuher [8]) darauf ankömmt, die einzelnen materiellen und formellen Vorzüge des französischen und des deutschen Verfahrens gegen einander abzumessen, als vielmehr darauf, ob die einzelnen deutschen Staaten sich durchaus und vollkommen der neuen französischen Ordnung accommodiren [9]), oder einen Mittelweg zwischen dem Alten und Neuen gehen sollen, wobei noch die Frage steht, ob ein solcher vernünftig ist, und was aus uns werden dürfte, wenn wir weder das Eine noch das Andere wollen oder können. Leicht haben es hier nur die, welche Nichts scheuen, um der französischen Ordnung der Dinge die Bahn zu brechen, denn diese sehen ihr Ziel vor sich;

2) weil der besonnenere und zahlreichere Theil der englischen Rechtsverständigen darüber einig zu seyn scheint, ohne Codifikation das juristische Leben fortzusetzen, ebenso in Frankreich die allgemeine Stimme dahin geht, an dem Code und dem Wege der Codifikation festzuhalten; in Deutschland aber die Sache weder in der Theorie, d. i. den Stuben der Gelehrten, noch in der Praxis, d. i. den Kabineten der Fürsten ausgeklugt ist, und somit der gute Deutsche mit all seiner Weisheit am Scheidepfade des Herkules steht;

8) Der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzes-Kritik des französischen mündlichen und des deutschen schriftlichen Civilprozesses. Nürnberg 1831.

9) Denn nur noch auf die Art der Gerichtsverfassung und Gerichtsverwaltung kömmt es an.

3) weil die Schule der englischen Praktiker an der Hand ihres Gewohnheitsrechts consequent fest und bestimmt einen höchst respektabeln Weg geht, ebenso die Schule der französischen Praktiker ihr geschriebenes Recht auf das kernhafteste und taktfesteste zu handhaben weiß; dagegen die deutsche Praxis von einer selbst nicht in der Praxis stehenden Theorie vielfach abhängig, und der Stand der Juristen auf eine unerfreuliche Weise in Theoretiker und Praktiker auseinander gerissen ist, so daß hauptsächlich bei dem einen Theile das Streben nach geschriebenen und festpunktirten Gesetzen entsteht, die aber ohne englischen und französischen Takt ein todter Körper bleiben würden, während der andere Theil mühevoll die Hallen des Gewohnheitsrechts durchwandert, und seine Zusammenstellungen macht, die aber von solchen, für die sie gemacht sind, gering oder gar nicht geachtet werden; denn nie war — man kann es aussprechen, die deutsche juristische Literatur von den Praktikern im Ganzen so wenig in Ehren gehalten, wie jetzt!

Bei dieser Lage der Dinge ist noch das Traurigste, daß wir unser schönes Vaterland wieder in zwei verschiedene Richtungen auseinander fallen sehen müssen, nämlich in die Richtungen derjenigen Staaten, welche politisch und juristisch so stehen, daß sie vor der Hand der weiteren Entwicklung der Dinge zusehen wollen und können, wohin sowohl einige mit neuen codices gehören, wie Oesterreich und Preußen, als einige ohne solche codices durch Beibehaltung oder Rückführung der Dinge auf den Zustand des gemeinen und particularen deutschen Rechts, wie Hannover, Sachsen u. s. w., und in die Richtung derjenigen Staaten, in welchen eine wirklich neue Zeit bereits werkthätig geworden ist, die dann um so gebieterischer ihre Rechte fordert, als man ihren Herolden gegenüber nicht, so wie in andern großen Staaten, von einer Nationalität sprechen kann. Wie sich daher die Sachen hier wenden, darüber läßt sich nichts vorhersagen, und es wäre somit aus einem höheren Standpunkte eine ganz vergebliche Mühe, Einzelnes in den Gesetzgebungs-

Digitized by Google

versuchen dieser deutschen Länder der Kritik zu unterwerfen, da es nicht einmal an der Zeit ist, im Prinzipe zur Einigung zu kommen.

Doch wagen wir es gerne, etwas genauer auf die präponderirenden Ansichten der Staatsmänner in den süddeutschen Staaten über Gesetzgebung einzugehen, weil wir als Angehörige eines dieser Staaten gleichsam eine Pflicht zur Rede haben. Vorerst ist es gewiß, daß sowohl Thibauts, als v. Savignys Rath in dieser Sache wenig geholfen hat, der des letzteren nicht, weil er unserer Zeit die Fähigkeit abspricht, was unsere Zeit nicht glaubt, der des ersteren nicht, weil es wirklich politisch unmöglich ist, daß die deutschen Staaten in diesem Punkte zur Einheit wenigstens im Laufe dieser Jahrzehnde kommen. Eine Stimme in der Wüste aber ist gewiß die Sprache Vollgraffs, welcher sogar die repräsentativen Versammlungen für incompetent in Hinsicht auf Codifikation erklärt. Wir selbst verfolgen diesen Punkt nicht weiter, weil praktisch auf diese Einrede sicher nichts ankömmt, und wir darneben mit der Art ihrer Begründung nicht einverstanden sind. Nur das verdient erwähnt zu werden, daß man schwerlich noch genau genug weiß, wie die Codifikation in der Form der Verhandlung zwischen Regierung und Ständen den Rücksichten des ganzen Kunstwerkes sowohl, wie aller einzelnen Punkte entsprechend zu Stande gebracht werden soll. Mit Recht hat man den Gesetzgebungsversuchen, die seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts gemacht wurden, vorgehalten, daß sie Wissenschaft und Gesetzgebung ineinander werfen, und in der That ist daraus und dafür der moderne Ausdruck der Codifikation erst entstanden, denn durch die Codifikation, besonders in Bentham's Sinn, soll eine neben dem Code bestehende und selbstständig praktisch wirkende Wissenschaft überflüssig werden. Was die Römer in ihrer schlechtesten Zeit noch so schön auseinander hielten, obgleich es mehr ineinander lag, als in den neuesten Zeiten [10]), das

10) Die Kaiser respondirten ja auch wie Gelehrte.

Recht der Constitutionen, d. i. der eigentlichen Gesetze, und das Recht der alle Rechtsquellen verarbeitenden wissenschaftlichen Werke — soll jetzt in Eines zusammen fallen, und dabei ohne allen Erfolg, denn gleich an dies eine neue Werk knüpft wieder die Wissenschaft ihre eigenen Fäden an. So ist z. B. das neueste Gesetzgebungsprodukt, der badische Civilprozeßentwurf, ein Werk, bei welchem man es sich nach dem besondern Berichte dazu an den Großherzog speciell zum Zweck gemacht hat, in dem Gesetzbuche auch ein Lehrbuch zu schreiben, und bei welchem nach einer andern Art von Bericht (v. Weilers Motive) gleich ein Commentar zum Lehr- und Gesetzbuch von den Verfassern des letztern selbst angekündigt wird. Wir haben uns bei jeder Gelegenheit gegen eine solche Mischung erklärt, denn das Gesetz ist und bleibt ein oft zufälliger Wille, die Wissenschaft aber ist ein Inbegriff von Wahrheiten, und zum wenigsten ein fortgesetztes Streben nach Wahrheiten. Begriffe, abstrakte Darstellungen lassen sich den Menschen nicht als Gesetz geben, d. h. er muß sie nicht annehmen, wie z. B. den Verfasser dieser Abhandlung Niemand zwingen wird, zu glauben, daß die sogenannte Sachlegitimation ein richtiges prozessualisches Institut sey, indem er vielmehr dafür hält, daß ein solches, wo das System der Klagen wohl geordnet ist, nicht vorkommen kann und wird. Dieser Begriff ist eine Mißbildung der Zeit, und der Fortschritt der Civilrechtswissenschaft wird ihn ausmerzen. Jede Klage ist nichts als eine Forderung vor dem Richter, und darin liegt es, daß Alles, was das vinculum obligationis der zwei bestimmten Personen angeht, zum Klaggrunde gehört. Falsche Begriffe werden auch aus denselben Gründen nie zum Gesetz, aus welchen Niemand befehlen kann, daß man von nun an unter Schwarz — Weiß und umgekehrt verstehe. Bei dieser Lage der Dinge wird die Kunst der Gesetzgebung damit anfangen müssen, erst zu prüfen, was ihr Stoff sey. Und zu diesem Zwecke erlauben wir uns einige kurze Andeutungen. Seit der Zeit der französischen Revolution hat es überall Menschen gegeben, die mit einem

Digitized by Google

Federzuge Alles anders machen wollten, und die in offener oder heimlicher Compagnie mit dem saubern Prinzipe des Vielregierens glaubten, in ein Paar Jahren Alles nach dem von ihnen ausspekulirten Zeitgeist ummodeln zu können. Diejenigen, welche daran einigen Zweifel hegten, wurden von den größtentheils unverständigen Leuten dieser Parthei Obscuranten, Fanatiker, auch Jesuiten genannt, von den verständigern aber und weniger leidenschaftlichen als bloße Historiker und unpraktische Gelehrte auf die Seite gewiesen. Im Ernste aber wollten diese Herren mit den Zweiflern es doch nicht ganz verderben, und waren daher oft in ihren Schriften Historiker, in ihrer Praxis Anbeter der modernen Weisheit. Wir sind geneigt, der Zeit ihr volles Recht in ihren Gedanken und Thaten zu lassen, denn wir wissen, daß, wenn wir dies nicht wollten, wir es müßten; aber wir wollen ehrlich kämpfen, damit nicht ein, despotische Gewalt an sich reißendes, Prinzip unter dem Mantel der Freiheit uns die wahre angestammte Freiheit im bürgerlichen Recht und Leben entziehe. Wir behaupten nämlich vor Allem, daß es falsch ist, das Privatrecht vom öffentlichen Rechte abhängig zu machen, und daß die neuen Einrichtungen im öffentlichen Rechte nothwendig auch solche im Privatrechte nach sich ziehen müssen. Unsere Behauptung hat nicht nur eine historische Stütze in der Entwicklung des römischen und englischen Rechts, sondern auch in der allgemeinen Ansicht, daß öffentliche Einrichtungen durch die Gesetzgebung geschaffen und erhalten werden müssen, das Privatrecht aber durch die stilleren Kräfte der Ueberzeugung im Volksleben, so wie durch die Rechtsverständigen, und gleichsam nur in subsidium durch das allgemeine Gesetz entsteht, und entwickelt wird [11]). Das

11) Gans in seinen Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 4te Abtheilung, will die Provinzialrechte und den Code in den Rheinprovinzen gewaltsam tödten, und wegen des nothwendigen Zusammenhangs des öffentlichen und Privatrechts auch die Provinzialeintheilung in Hinsicht auf Verfassung und Verwaltung; Alles zunächst in dem Gedanken,

öffentliche Recht geht sichtbar mehr an der Hand der Gewalt, welche ein Einzelner, oder mehrere unter sich verbundene Einzelne ausüben, ist selten der wahre Gemeinwille oder die Ansicht der Verständigsten der Zeit, auch gewaltsamen Veränderungen, welche von den Nachbarvölkern kommen, ausgesetzt; das Privatrecht dagegen geht aus jeder Hütte hervor, ist von den Sitten und Ansichten Aller im Volke abhängig, und es kann ihm nur Gewalt geschehen durch die Einmischung der Staatsgewalt auf dem sogenannten legislativen Wege, oder durch die Verdrehung der Rechtsverständigen. Eines Volkes Nationalität ist noch nicht aufgehoben, wenn eine fremde Staatseinrichtung, ja wenn sogar eine andere Staatsform sich geltend macht, wohl aber dann, wenn sein Privatrecht und die Institute, die unmittelbar damit zusammenhängen, verändert werden. Zu den letzteren rechnen wir die Gerichtsorganisation und den Prozeß. Gebet einem deutschen Lande französisches Civilrecht, französische Gerichtseinrichtungen und Prozeß, und lasset diese Dinge fest wurzeln in dem Leben jedes Bewohners dieses Landes, so muß trotz der deutschen Sprache, die er behält, sein bürgerlicher Sinn sich heimisch finden in Frankreich, und fremd im übrigen deutschen Vaterlande. Ob ich hier wahr gesprochen habe oder nicht, darüber gibt die Sonne Kunde, so oft sie auf- und niedersteigt. Ebendeßhalb haben auch so viele deutsche Schriftsteller darauf gedrungen, daß, wo das französische Civilrecht mit den darauf berechneten gerichtlichen und außergerichtlichen Institutionen noch nicht feste Wurzel geschlagen habe, es wieder entfernt werde. Der tüchtig praktische Mann wird aber dieses nicht da verlangen, wo französisches Recht

---

damit der preußische Name eine auch durch die Besonderheiten durchgeführte Thatsache werde. Im Uebrigen soll dies kein Ausfall seyn, und ich bitte daher den Herrn Professor Gans, mich nicht zu den historischen Schmeckern zu zählen (S. 372 seiner Schrift), weil ich ihm sonst sagen würde, daß ich mehr Prozesse nach preußischem Landrechte und Provinzialgesetzen entschieden habe, wie er.

Digitized by Google

mit allem Zubehör in das Herzblut der Länder übergegangen ist, und wo man lediglich der Zeit und den Umständen das Weitere überlassen muß, denn erzwingen läßt sich bei den relativen Verhältnissen der Gewalt und Gegengewalt am Ende Alles, aber die Gerechtigkeit verschmäht den Zwang. Ein eigenes Schicksal hat in Hinsicht auf bürgerliches Recht das Großherzogthum Baden, nämlich den französischen Civilcodex ohne die übrigen juristischen Institutionen Frankreichs. Leicht erklärlich hat hier noch lange nicht jene juristische Verbrüderung mit Frankreich statt gefunden, wie bei unsern deutschen Nachbarn über dem Rhein, und es hängt in der That jetzt Alles davon ab, was in der Civilgerichts- und in der Criminalordnung geschieht, welche neu gebildet werden sollen — ob man nämlich bei dem historisch deutschen Prinzip halten will, welches für Verbesserungen aller Art, namentlich für Oeffentlichkeit ebenfalls zugängig ist [12]), oder ob man das französische Recht in seinem ganzen Umfang recipiren will. Es ist hier nicht der Ort, sich über den neuen badischen Prozeßentwurf zu erklären, aber so wie man nach meinem Gefühle einen großen Fehler gemacht hat, Doctrin und Anordnung in einander zu werfen, so liegt noch ein

12) Von der Mündlichkeit spreche ich nicht, weil die Meisten nicht recht wissen, was damit gemeint ist. Es wäre sehr zweckgemäß, wenn man die historischen Gründe der Schriftlichkeit aufsuchte, wo man finden würde, daß sie im Prozeß dieselben Dinge leistet, wie bei den Verträgen, und überhaupt ein Fortgang in der Civilisation ist. Nur die Mißbräuche soll man entfernen, worunter ich nicht blos das Vielschreiben verstehe, sondern auch dasjenige im schriftlichen Verfahren, was Richter und Partheien, Sachwalter und Partheien einander gleichsam entfremdet, indem die gegenseitige Controll und Aufklärung unmöglich wird. So sollte keine Relation ohne Gegenwart der Partheien und Anwälte, und ohne deren Vernehmung darüber in mündlicher Verhandlung erstattet werden. Damit kann dann auch eine unbeschränkte oder beschränkte Oeffentlichkeit verbunden werden. Im Criminalprozeß ist ohnedies der endliche Rechtstag und die mündliche Reconstruktion des Prozesses im Geiste des deutschen Rechts.

bei weitem größerer darin, daß bis zu dem 43sten Titel das hergebrachte deutsche Verfahren treu wieder gegeben, von diesem Titel aber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Sinne der Franzosen mit einigen willkührlichen Abänderungen und Auslassungen, z. B. des Instituts der Staatsprokuratur, als Grundton des Ganzen nachträglich signalisirt ist. Es lohnt sich hier in der That, vor jeder Uebereilung sich zu bewahren, zumal man am besten aus den Weiler'schen Motiven sieht, daß die wichtigsten Vorfragen noch nicht zur Discussion gekommen sind, und wie auch im Einzelnen noch so Vieles näher erwogen zu werden verdient. Dabei sey es fern von uns, das Verdienst einzelner ehrenwerther Mitglieder der Kommission verkleinern zu wollen. Diese wünschen aber gewiß nichts mehr, als die strengste Kritik von Seite aller Zweifler, und denken gewiß nicht wie Herr von Holzschuher [13]), der mit dem kühnen Verfasser von Welt und Zeit die Civilisten und Pandectisten als Pedanten und Verderber des Rechts darstellt. Was das civilistische Studium der neuen Welt genützt, darüber will ich keinen Juristen und keinen Deutschen reden lassen, sondern denjenigen Historiker, der unter allen den Wachsthum und Fortgang des gesellschaftlichen Lebens in Europa vom Umsturze des römischen Kaiserthums bis auf den Anfang des sechszehnten Jahrhunderts am tüchtigsten beobachtet hat [14]). Ohne civilistischen Verstand möchte schwerlich die Rechtswissenschaft, selbst das Staats- und Völkerrecht nicht ausgeschlossen, ihren gegenwärtigen Höhepunkt haben. Namentlich grenzt der Civilprozeß in allen seinen Richtungen so enge an das Gebiet des eigentlichen Civilrechts, daß die Fortschritte im letzteren in der That ein eben so reeller Gewinn für den ersteren sind,

13) S. 36 in der Note.

14) Robertson, Geschichte der Regierung Kaiser Karls des V. I. Band. Wir wissen zwar wohl, daß der Verfasser ein Schotte ist, dem das römische Recht näher lag, wie den Engländern, aber seine unpartheiisch-richtige Ansicht beweist er in der Note 25 zum ersten Abschnitt.

Digitized by Google

als die Verbesserung des Formellen durch den jetzigen Stand unseres öffentlichen Lebens. Man denke nur an die Lehre von den Klagen und Einreden, Litiscontestation u. s. w. Hier ist es daher auch von der größten Wichtigkeit, der fortstrebenden Wissenschaft ihre praktische Bedeutung durch unrichtige Begriffe im Prozeßgesetzbuch nicht zu verkümmern, und auf diese Weise vorzüglich zu überlegen, was weniger der Prozeßordnung als dem Civilrecht angehört. Darüber wäre eine eigene Untersuchung am rechten Orte.

Um aber endlich zur Codifikation des Civilrechts selbst zu kommen, so unterscheiden wir drei Situationen:

1) die des englischen und gemeinen deutschen Rechts,

2) die des französischen, österreichischen und preußischen Rechts,

3) die ganz eigenthümliche des badischen Rechts.

In der ersten Hinsicht ist man ziemlich allgemein überzeugt, daß jede gewaltsame Maaßregel vermieden werden müsse. Wohin es führt, Rechte und Sprache [15]) einem Volke aufzudringen, hat die Zeit bewiesen. Für das englische und gemeine deutsche Recht bleibt nichts übrig, als eine Codifikation im ruhigeren Sinne des Wortes. Die einzelnen Lehren müssen als Privatarbeit umfassend genug dargestellt, und dadurch Mißbräuche, unnütze Controversen und andere Uebelstände erkannt, sofort auf direktem oder indirektem Wege beseitigt werden. Zu welchen wohlthätigen Resultaten eine solche Codifikation uns bringt, wollen wir an einem Beispiele beweilen. Schon v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III. Bd. 1. Heft, und in der zweiten Ausgabe seines Buchs über den Beruf S. 178 hat darüber Zweifel erhoben, ob man dem Erbrechte aus den Nov. 118 und 127. mit Grund Vorwürfe machen könne, und ob dem viel gepriesenen österreichischen Systeme hierin ein wahrer Vorzug, oder nur der Scheinvorzug der Sym-

15) Ueber dies Verhältniß von Recht und Sprache siehe Vollgraff S. 43. Note 29.

metrie innewohne. Bei genauer Behandlung alles civilistischen Stoffes über Intestat-Erbrecht in meinem neuesten Werke ist die Sache höchst anschaulich geworden, und es hat sich ergeben, daß die österreichische Symmetrie zu unbilligen und materiell-unrechtlichen Bestimmungen kömmt, und daß das römische Erbsystem immer noch das natürlichste und richtigste bleibt [16]). Die Zusammenstellung der einzelnen Lehren kann durch Aufmunterungen aller Art beeilt werden, die dann den Vortheil des Lebens und der Wissenschaft zugleich befördern, während eine andere Codifikation hinter der Wissenschaft zurückbleibt, und doch Nichtjuristen nimmer zu Juristen macht. Kann wohl eine noch so gute deutsche Darstellung der Begriffe von Prädialservituten, Personalservituten und obligatorischen Rechten gleichen Inhalts einen Nichtjuristen zum wahren Verständniß dieser Punkte führen? Man versuche es nur einmal an der Entwicklung eines einzigen Folgesatzes aus diesem Unterschiede, z. B. hinsichtlich der Uebertragbarkeit dieser Rechte. So lange die Welt keinen Rückschritt in ihrer Bildung thut, wird der Weg der Schule und Wissenschaft der einzige zum Ruhme und zur nützlichen Wirksamkeit des Civilisten bleiben.

In der zweiten Hinsicht auf die drei Codices wäre es ungereimt, etwas Anderes zu wünschen, und auf etwas Anderes zu wirken, als ihnen eine immer wissenschaftlichere Entwicklung zu sichern. Der beständige Rückblick auf die Vergangenheit und die consequente Fortbildung des Bestehenden, sofern sich kein incorrigler Irrthum nachweisen läßt, zum großen Theile nach dem Muster der Römer, wird dem Ziele nahe führen. Eine große Schwierigkeit liegt übrigens in der modernen Ausübung der Richtergewalt. Es fehlt hier die nöthige Einheit, und wenn die treffenden Staaten auch ein einziges höchstes Gericht haben, so genügt dieses nicht zur Erhaltung eines von praktischen Antinomien freien Zustandes; denn viele Fälle kommen nicht an das höchste

16) Mein Erbrecht S. 559.

Gericht, und oft fehlt es an der Publicität der Ansichten des höchsten Gerichts, ja oft ist das höchste Gericht durch seine mehreren Senate gleichsam in mehrere Gerichte getheilt.

Was zuletzt den sonderbaren Zustand des badischen Privatrechts betrifft, so dürfte wohl zu behaupten seyn, daß wenn nach dem jetzigen Stande der Dinge, wo weder die gerichtlichen, noch außergerichtlichen Institute des französischen Rechts neben dem Landrechte sich bewegen, die Entwicklung ein halbes Jahrhundert fortdauert, ein ziemlich anderes Recht in Baden walten wird, als in Paris. Abgesehen nämlich von den vielen Modifikationen und Zusätzen, die gleich anfangs gemacht wurden, und wodurch das Landrecht drei Hauptquellen hat, während der Code nur deren zwei zählt, nämlich neben dem römischen Recht und dem französischen Ordonances- und Coutumes-Recht noch vielerlei aus dem deutschen Privatrecht; sind die Formen der Anwendung und die Methode der Behandlung nicht von der Art, um diesem Rechte dieselbe Fortentwicklung zu geben, wie in Frankreich. Die badischen Gerichte können weder aus dem Standpunkte der historisch-kritischen Bestrebungen über die Quellen des Code, noch aus dem französischen Standpunkte der gewandten Interpretation in den einzelnen zahlreichen und interessanten Rechtsfällen, welche Interpretation alle Welt anerkennen muß, auf einen Höhepunkt kommen, zumal die Losreißung vom übrigen Deutschland die Beiwirkung seiner Gelehrten fast unmöglich macht, indem diese nicht einmal vom französischen Rechte in seiner großartigen Entwicklung in Frankreich, noch weniger daher aus dem partikularrechtlichen Standpunkte Badens gehörig angezogen werden. Auch läßt sich nicht vermeiden, daß die wissenschaftlichen Arbeiten badischer Gelehrten mehr den deutschen Geist der Behandlung des Civilrechts sogar im materiellen Analogieen und im Rückblick auf das frühere deutsche Recht und dessen Literatur, aus welcher doch gewiß das französische Recht nicht auszulegen ist, an sich tragen. Was soll aber, was wird geschehen? Entweder kommen wir auch in den andern Institutionen,

Prozeß, Staatsprokuratur, Notariat den Franzosen nach, und dann wird das Landrecht so gut passen, wie wenigstens in den Ländern jenseits des Rheins, oder wir bleiben beim Alten, oder doch wenigstens auf deutschem Grund und Boden, wenn auch mit einigen verbessernden Veränderungen, und dann wird es nöthig seyn, auch das Civilrecht im gewöhnlichen Sinne des Worts neu zu codifiziren, d. h. alle Lehren in den Grundsätzen durch Constitutionen oder in eigentlichen Ediktalgesetzen, wie etwa in Justinians Zeit, neu zusammen zu stellen. Hier nämlich, wo es sich nicht von einem durch ein einziges Lustrum angewendeten fremden Rechte handelt, sondern von einem zum Theile eingewohnten, läßt sich nicht von einer Restauration etwa reden, und durch eine transitorische Verordnung, wie in Hannover, helfen, sondern es muß eine förmliche Revision erfolgen, deren Grundsätze wohl nicht so sehr schwierig seyn dürften, aber doch sehr sorgsam überlegt seyn müssen. Manches kann dabei Neues und Gutes bewirkt werden, z. B. die Lehre von den dinglichen Rechten am unbeweglichen Gut kann viel besser und sicherer als im römischen und französischen Rechte bestimmt werden; eine Ehe- und Vormundschaftsordnung ist ohnedies nöthig, und im Erbrecht werden wir zum Theil wieder auf römische Grundsätze zurückkehren, zum Theil, wie z. B. im Notherbenrechte, mehr von andern deutschen Codices, als aus dem französischen Rechte gewinnen können. Hier ist also abermals ein Fall, wo, wenn der französische Code nicht bleibt, nur durch eine Codifikation im eigentlichen modernen Sinne geholfen werden kann, die wir also selbst im Civilrechte nicht durchaus verwerfen.

Zuletzt seyen uns noch ein Paar Zeilen über das Criminalrecht vergönnt. Darüber hat man sich in den neuesten Zeiten in Codifikationen am fleißigsten und liebsten versucht, und die Geschichte der Entwürfe dazu ist gewiß so interessant und lehrreich, wie die Geschichte der Strafrechtstheorien. Sicherlich hat man einen großen Fehler begangen, daß man diese Theorien, und überhaupt das blos Doctrinelle wie die

Digitized by Google

Prinzipien des Strafrechts und seiner Anwendung, so wie allgemeine Grundsätze über Thatbestand und Zurechnung auch da, wo alte Controversen nicht zu entscheiden waren, in das Gesetzbuch getragen hat. Wie viel muß an kaum 20 Jahre alten Gesetzbüchern deßhalb verändert werden, weil die Wissenschaft in dieser Zeit unbestreitbar große Fortschritte gemacht hat? Die Abtheilung der Kriminalrechtswissenschaft in einen allgemeinen, in einen besondern Theil und in den prozessualischen ganz zweckmäßig für die Doctrin, wurde mit Unrecht in die Legislation übertragen. Nach unserem Dafürhalten muß eine Kriminalordnung mit der Darstellung des Gerichtsorganismus und mit den Grundsätzen des Kriminalverfahrens eröffnet werden, denn dieses ist der praktisch allgemeine Theil, wie beiläufig auch schon Falk in seiner Encyklopädie bemerkt hat, sodann folgt die Lehre von den Strafübeln in einer ineinander greifenden Darstellung, und zuletzt die Lehre von den einzelnen Verbrechen, wo man bei jeder besondern Gattung die Natur des verbrecherischen Vorsatzes, und überhaupt des Grundes der Zurechnung, die Arten der Theilnahme, die Grundsätze über Versuch und Vollendung, über Strafaufhebung und Milderung, soferne von dem letztern Punkt nicht bereits im Prozesse die Rede gewesen ist, entwickeln kann. Schon in der Doctrin findet man nämlich, daß die angegebenen Punkte nur in steter Rücksicht auf das Besondere der einzelnen Verbrechensgattungen wahr genug behandelt werden können; was in der That hier unter einem ganz allgemeinen Standpunkte aufzuführen ist, gehört der Philosophie und Historie des Rechts, nicht aber einer unmittelbaren Quelle für die Rechtsanwendung an. Wir gehen nämlich immer von der Ansicht aus, eine Gerichtsordnung soll kein Lehrbuch und kein Volkskatechismus seyn; jedes Werk muß seinen individuellen Zweck mit aller Bestimmtheit verfolgen, und nicht *mehreren*, in ihren Ansichten und Fähigkeiten, so wie Bedürfnissen verschiedenen Herren dienen wollen. Die Richter und Vertheidiger, so wie die öffentlichen Ankläger sollen ihre Wissenschaft in sich tragen, und nicht durch die

Gerichtsordnung erst erwerben. Eine Kriminalgesetzgebung aber von diesem ausgedehnteren Standpunkte einer Gerichtsordnung aufgefaßt, wird allen Partheien in der Frage über Gesetzgebung entsprechend seyn, dagegen nicht allen ein Werk, wie das baierische Gesetzbuch oder der hannöversche Entwurf, wo die wissenschaftlichen Ansichten Einzelner über Gegenstände der reinen philosophischen Betrachtung als Gesetz aufgedrungen werden sollen. Man glaubt gewöhnlich, in der Codifikation des Kriminalrechts sey in der neuesten Zeit sehr Vieles und Erschöpfendes geschehen; aber mir scheint, daß der Zweck der Codifikation als Instruktion für die Gerichte genauer in die Augen gefaßt werden muß, und daß in den deutschen Werken sehr Vieles aus dem Gesetzbuche wegbleiben und anders gestellt werden muß, in den englischen neuern Gesetzakten manche feinere Kenntniß der Theorie zu wünschen wäre, der französische Code aber einer totalen Revision benöthigt ist. Lobend muß man der reinen und würdigen Sprache im baierischen Gesetzbuche gedenken, die als Muster aufgestellt werden darf, und wünschen muß man, daß alle, welche an Kriminalcodices arbeiten, charakterfeste Beurtheiler ihres Zwecks und des Bedürfnisses ihrer Zeit und ihres Volks, und nicht etwa fleißige Eklectiker seyn mögen. Zuletzt darf eine allgemeine Zeichnung der nach Gerichtsgebrauch und Verordnungen, besonders nach den Lokalverordnungen, strafbaren Handlungen, die nicht Verbrechen sind, nicht fehlen, auch müssen einige allgemeine praktische Vorschriften darüber bestehen, damit die Willkühr, die hier auf das gefährlichste in Deutschland herrscht, gezügelt werde. Vorschläge deßhalb habe ich bereits im XII. Bande des Kriminalarchivs gethan.

Digitized by Google

Mannichfaltiges.

I.

Ueber universitas rerum.

Wir haben über diesen Begriff nach dem Eindruck der einzelnen, besonders auch durch die neuesten Abhandlungen von Warnkönig [1]) und Buchholz [2]) bekannten Stellen folgende Vorstellungen:

Man muß unterscheiden:

1) eine universitas lebender Sachen, die demnach dem Wechsel durch das Gesetz der Natur unterworfen ist, eine Heerde, eine familia. Hier hat dieser Wechsel eine eigene Bedeutung für die an einer solchen universitas statt findenden Rechte (Eigenthum, Pfandrecht, Obligationen, Legate). Hieraus erklärt sich die l. 13. pr. D. 20, 1., die daher nicht mit Buchholz auf andere universitates, z. B. eine Bibliothek analog angewendet werden darf [3]). Bei den Obligationen und Legaten kömmt es nur immer vorerst auf die quaestio voluntatis an, und hiernach erklärt sich die l. 79. pr. D. 32., obgleich im Grunde dieses auch beim Pfandrecht der Fall ist [4]);

---

1) Civil. Archiv XI. Bd. Nr. 9. Vergl. auch die Themis von Elvers II. Bd. 2. Heft Nr. XII.

2) Versuche Nr. 3.

3) Man vergleiche auch l. 22. D. 30.

4) Ueber das Eigenthum an der universitas im Gegensatz des Eigenthums an dem caput l. 2. D. 6. 1. Dieser Gegensatz besteht auch bei den andern universitates, selbst bei den universitates rerum cohaerentium.

Digitized by Google

2) eine universitas der zum Handel und Wandel bestimmten Sachen, z. B. ein Waarenlager; hier haben die Römer den Grundsatz angenommen, daß die juristischen Veränderungen an den einzelnen Sachen als Theilen der universitas nicht in Betracht kommen, somit geht das Verkaufte aus der universitas, und das für die universitas Erkaufte und dahin Gebrachte als ein Theil derselben hinein. Ueberhaupt umfaßt hier die universitas dasjenige, was zu der Zeit, wo die Rechte darauf realisirt werden sollen, vorhanden ist [5]);

3) da von den eben angegebenen beiden Arten der universitates kein allgemeines Prinzip für die andern universitates entnommen werden kann, weil die Rechtsgrundsätze genau ihrer singulären Natur anpassen, so muß man auf die Philosophie der römischen Juristen zurückgehen. Sie unterscheiden hiernach universitates rerum distantium und rerum cohaerentium [6]) Buchholz behauptet, beide seyen corpora, das Wort in seinem eigentlichen Sinne der körperlichen Sache; wir aber glauben, das corpus rerum distantium bezeichne einen intellektuellen Inbegriff, in welchem Sinne das Wort corpus häufig ist, und das corpus rerum cohaerentium bezeichne eine körperliche species. Zum Beweise dieser Behauptung berufen wir uns nicht nur auf die Natur der Sache, die Buchholz selbst anerkennt, indem er die universitas rerum distantium etwas Gedachtes nennt, sondern auch auf die Lehre vom Besitz, indem man nicht erweisen wird, daß die Römer je von einem Interdicten- oder Usucapionsbesitz solcher universitates gesprochen haben. Was nun die universitates rerum cohaerentium betrifft, z. B. ein Schiff, Haus, so werden diese in der Regel wie res singulae juristisch betrachtet, und nur ihrer Theile wegen, weil diese, eigene Körper, auch juristisch nach geschehener Auflösung sind, finden besondere Grundsätze statt. Dagegen bei den universitates

5) L. 34. pr. D. 20, 1.

6) L. 23. §. 5. D. 6, 1. L. 30. pr. D. 41, 3.

Digitized by Google

rerum distantium ist die Natur einer jeden einzelnen dieser universitates zu erwägen, und nur das Gemeinsame anzuerkennen, daß eine solche universitas als juristisch besondere Sache Gegenstand der Geschäfte und Rechte unter Lebenden und von Todeswegen ist. Der Umfang dieser Geschäfte und Rechte bestimmt sich zunächst nach der Intention der Partheien, und hie und da nach einigen allgemeineren Interpretationsregeln, wie z. B. in der Lehre von den Legaten. Man muß überhaupt nicht vergessen, daß auch bei den oben mehr juristisch allgemein bestimmten universitates lebender Dinge und eines Waarenlagers der Wille der Partheien entscheidend bleibt, und daher ist z. B. kein Zweifel, daß, wenn eine Heerde durch Ankauf vermehrt wird, die angekauften und dazu gebrachten Stücke Theile der Heerde werden [7]). Dasselbe kann aber auch bei einer Bibliothek vorkommen, und es ist daher unser Prinzip mehr negativer als positiver Art, d. h. wir wollen nicht gemeinsame Sätze über diese univ. rer. dist. aufstellen, aber auch nicht läugnen, daß nach ihrer Natur, wenn der Wille der Partheien nicht entgegen ist, manches Gemeinsame sich finden muß, dessen Zusammenstellung aber an einem andern Orte, als in den einzelnen Lehren z. B. Besitz, Verjährung, Eigenthum, Verpfändung, Obligationen und Legaten ohne Nutzen und Bedeutung ist.

Die Lehre von den sogenannten universitates juris gehört gar nicht hieher; aber so viel ist auch hier gewiß, daß von den einzelnen Arten derselben jede ihren eigenen Rechtskreis hat. Nur das ist gemeinsam, daß die Theile solcher universitates nicht nur corpora, sondern auch jura seyn können, oft aber nur das eine oder das andere sind, ferner daß man bei solchen universitates besonders untersuchen muß die Geltendmachung der Ansprüche darauf (actio de universitate) und die Erwerbung der universitas selbst, die auf das Verhältniß

7) L. 3. pr. D. 6, 1.

der per universitatem successio geführt hat. Der Wechsel in den Theilen dieser universitates ist manchmal höchst frei, so daß das gelößte Geld an die Stelle der Sache tritt, was bei einer taberna nie der Fall ist. Aber auch alle diese Dinge müssen ganz im Einzelnen, d. i. bei den einzelnen Arten solcher univ. bestimmt werden (hereditas, peculium, dos), und es läßt sich hier Nichts generalisiren.

II.

Ueber tertio quoque die.

Man ist jetzt darüber allgemein einverstanden, daß das „tertio quoque die“ in dem Edikt über das Interdikt de glande legenda [1]) so erklärt werden müsse, wie schon Azo vorgeschlagen hat, „je am dritten Tag,“ wo folglich das quoque der ablativus von quisque ist [2]). Wenn sonst eine fast gemeine Meinung dafür war, daß das „tertio quoque die“ auch noch am dritten Tage heiße, so ist das Unnatürliche dieser Ansicht hinreichend dargestellt. Aber noch verdient überlegt zu werden, was das „je um den dritten Tag“ bedeute [3]). Wenn Thibaut glaubt, diese Bedeutung sey im deutschen Sprachgebrauche so unzweifelhaft richtig, wie das tertio quoque die im Lateinischen, so müssen wir ihm widersprechen. In der reinen Uebersetzung heißt es: an jedem dritten Tage. Der Römer war durch seinen Kalender an den Ausdruck „tertius dies“ so gewöhnt, daß darüber in der consuetudo loquendi, auf welche die römischen Juristen

---

1) L. un. D. 43. 28.

2) Thibaut in den Abhandlungen Nr. I. und im Archiv I. Bd. S. 127 — auch Schweppe in seinem Magazin I. Heft S. 142.

3) Wir haben oben den Ausdruck gebraucht „je am dritten Tag,“ Thibaut sagt „je um den dritten Tag.“

Digitized by Google

bauten [4]), gar kein Scrupel erwachsen konnte. Er bezeichnete bekanntlich die Monatstage von den Calendae, Idus und Nonae rückwärts, so daß z. B. der dies tertius Calenda Maji der 29. April, und das Verhältniß desselben zum ersten Mai das von Heute zu Uebermorgen war. Hieraus folgt auch einfach, daß, wer tertio quoque die etwas thun darf, dieses, wenn er es heute gethan hat, übermorgen wieder thun darf. Es ist dies wohl auch nicht anders, wenn wir den ersten, zweiten, dritten Mai zählen, allein bei uns ist man auf dieses Verhältniß nicht so aufmerksam, wie man bei den Römern war, weil bei diesen in jedem Monate der dies tertius dreimal vorkam, wie bei uns etwa die Wochentage wiederkehren. Auch ist der juristische Grund der römischen Darstellung bekannt. Die Römer nennen nämlich, wenn von Zwischenräumen etwas abhängt, denjenigen Tag den ersten, wo die Handlung oder das Ereigniß, z. B. die Geburt, vorfiel, von welchen aus gerechnet wird, ohne weiter auf den Zeitmoment des Tages zu sehen, wo das Ereigniß vorfiel, wie aus vielen Stellen, z. B. über den Begriff anniculus, ersehen werden kann. Der zweite Tag liegt hiernach sehr natürlich vor, und der dies tertius ist der darauf folgende, so daß nie weder Anfang noch Fortgang eines vierten Tags in Betracht kommen kann. Hiernach ist es möglich, daß nur 24 Stunden ausgesetzt werden müssen, und daß in einem 72stündigen Zeitraum der Aufleseberechtigte nur die in der Mitte liegenden zusammenhängenden 24 Stunden ruhen muß [5]). Dieses führt auf das Alternirende der Tage, und Schweppe hat daher vollkommen Recht, wenn er das tertio quoque die und das alternis diebus für synonyma erklärt. In Deutschland ist der Ausdruck „je um den andern Tag“ das natürlichere, und weil in der deutschen Sprache der andere Tag immer der zweite und

4) L. 132. D. de V. S.

5) Man vergleiche auch Reinfelder der annus civilis S. 14, 15.

nie der dritte heißt, so ist der Ausdruck je um den dritten Tag nicht richtig, sondern es muß heißen „je um den andern Tag," oder wenn man bei der römischen Vorstellung stehen bleiben will, „an jedem dritten Tag" oder je am dritten Tage.

III.

Jus et crimen osculationis.

So umfassend und systematisch unsere Compendien und Handbücher sind, so berühren wir doch hier einen Gegenstand, welcher nicht darin enthalten ist, und wobei unsere Leser Gelegenheit haben, allerlei Betrachtungen zu machen. Klenze gleich im ersten Heft seiner Fortsetzung der Savigny'schen Zeitschrift erzählt manches Interessante vom Kußrecht der Cognaten, und untersucht nicht nur den Umfang des Rechts in Beziehung auf die Berechtigten, sondern auch den Grund und die Bedeutung desselben, wobei es recht anschaulich wird, daß Sitten und Rechte abkommen, ohne daß der Grund dafür weggefallen ist [6]), so wie umgekehrt auch Rechtssätze bleiben können, wenn der Grund derselben nicht mehr da ist. Merkwürdig ist es auch, daß die alte Welt in Beziehung auf die Ausübung des Kußrechts die Küsse gehörig zu klassifiziren wußte; oscula officium sunt (so weit also das Recht) — basia pudicorum affectuum, sania libidinum vel amorum. Wie nun aber in concreto der Exzeß in der Ausübung des Kußrechts nach dieser intensiven verschiedenen Richtung des Objekts zu finden sey, davon haben wir nicht die gehörige Vorstellung; gewiß aber ist es, daß in dem Mißbrauche dieses Rechts eine Injurie sowohl

---

6) Das Kußrecht, wird erzählt, sey aufgekommen, um die Weiber hinsichtlich des Genusses geistiger Getränke surveilliren zu können.

Digitized by Google

im römischen als modernen Sinne des Worts billig gefunden wird, wie dies auch durch ein Responsum der Leipziger Juristenfakultät vom Jahre 1634 (bei Weber von Injurien I. Theil S. 95) gründlich nachgewiesen ist. Weiter sind die Deutschen nicht gegangen, aber die Italiener haben diese Injurie zu einem besondern Verbrechen erhoben [7]), wobei jedoch die berühmte und oft verhandelte Rechtsregel in Anwendung unzweifelhaft zu bringen ist: Volenti non fit injuria. Man vergleiche darüber Renazzi elementa juris crim. Romae 1773 tom. I. pag. 210. — Ob aus diesen Ansichten über die ältern Rechte noch etwas für neuere Legislationen zu entnehmen seyn dürfte, wollen wir den sachkundigen Mitgliedern der Gesetzgebungs-Kommissionen überlassen.

IV.

Ein Nachtrag zu des Herausgebers Erbrecht.

Ein Schema, für die Agnationsverwandtschaft, fand sich in einem Codex Theodosianus, welchen Cujacius von Ranconnet geliehen hatte, und Cujacius hat dasselbe in seinen Observationen abdrucken lassen, (Lib. VI. Cap. XL.) Neapol. Ausgabe tom. III. pag. 166, wobei der Druckfehler zu bemerken ist, wornach die Ueberschrift — de gradibus affinitatio und nicht de gradibus agnationis lautet. Es ist hier nicht nur auf die potestas, sondern auch auf die manus Rücksicht genommen.

V.

Geht die usucapio pro herede gegen den verus heres?

Ueber diese Frage hat Herr Dr. Arndts im rheinischen Museum II. Jahrgangs 2ten Hefts eine Abhandlung gegen

7) Crimen osculationis.

uns gerichtet, auf welche eine gedrängte Replick hier folgt. Alles gegen uns Vorgebrachte geht darauf zurück:

1) Das Gegentheil unserer Ansicht stehe in l. 1. D. quor. bonor. und in den bekannten zwei Rescripten l. 4. cod. 7, 34. l. 7. cod. 3, 31.

2) Der Grund, welchen die Kaiser Dioclet. und Maxim., von welchen beide Rescripte herrühren, für ihre Entscheidung angegeben haben, (gerade das Wesentliche und Entscheidende in einem Rescript) beruhe auf einer unjuristischen und ungeschickten Vorstellung, und müsse daher nicht beachtet werden, weshalb Hr. Dr. Arndts sich die Freiheit genommen hat, diese Stelle aus seinem Texte herauszulassen, und damit dem einäugigen Monstrum das Auge auszustoßen.

Zu 1) bemerken wir nur, daß die Pandectenstelle schon von Savigny und Unterholzner (siehe des letztern Verjährungslehre I. Bd. S. 326 in der Note) erklärt ist, und hiernach sich auf das SC. wegen der usucapio lucrativa bezieht — ferner daß doch nicht so leichthin die Abweichung von der allgemeinen Wirkung der Ersitzung auf ein Paar armselige Rescripte gegründet werden sollte. Ging sogar die usucapio lucrativa gegen den wahren Erben, und wenn der Besitzer der Erbschaftssachen Eigenthümer durch die Verjährung geworden ist, worum soll er ohne Restitution, welche der einzige Weg der römischen Rechtsbildung wäre, es nicht gegen den wahren Erben geworden seyn? Wenn Herr Dr. Arndts von vorne hinein uns tadelt, daß wir nicht die usucapio bonae fidei und die lucrativa als aus einem Gedanken entsprungen angenommen hätten, wie hat gerade er das Recht, quoad verum heredem eine Verschiedenheit zu statuiren?

Zu 2) sagen die Kaiser auf das bestimmteße, warum der hereditatis petitio die praescriptio longi temporis nicht entgegengesetzt werden könne, weil jene Klage keine reine vindicatio und petitio specialis sey, sondern eine mixta personalis actio, welches sichtbar nichts anders ausdrücken soll, als was die Pandectenjuristen über das Verhältniß der actio communi

Digitized by Google

dividundo zur actio familiae herciscundae ausgesprochen haben. Die Erbrechtsklagen gehen nämlich auf die Anerkennung des Erbrechts und die Auseinandersetzung der Erbtheile, schließen aber einen eigenen Prozeß über einzelne Erbschaftssachen, so weit darüber eine specielle Verhandlung nöthig ist, nicht aus (l. 20. §. 4. l. 44. pr. D. 10, 2.). In dem Streite über die hereditatis petitio können Exceptionen, welche sich auf einzelne Erbschaftssachen und auf vom Erbrechte unabhängige Erwerbgründe beziehen, nicht gebraucht werden. Dieses und nicht mehr wollten die Kaiser sagen.

Digitized by Google

Ueber die obligatio naturalis, mit besonderer Rücksicht auf die Wirksamkeit des Pfandrechts bei einer solchen obligatio.

§. 1.

Die Vorstellungen der Römer über juristische Pflichten waren etwa folgende:

Sie suchten einerseits den allgemeinen Begriff von juristischer Pflicht nicht in einer abstracten Ansicht von Recht und Staat und von den Pflichten der Einzelnen in einer bürgerlichen Gesellschaft, auch nicht in Gegensätzen nach dem Verhältnisse des Menschen und Bürgers; noch weniger gedachten sie andrerseits durch die Detail-Zusammenstellung der moralischen und juristischen Pflichten ein sicheres Fundament für die Bestimmung der letztern zu finden, sondern sie gingen von einem höchst einfachen und natürlichen Gedanken, der der Grundgedanke ihrer ganzen Rechtsphilosophie ist, aus. Ohne sich nämlich, wie Welcker meint, in die Verwirklichung der Idee des Sittlich-Guten zu verlieren, die den Lehrern und Philosophen eines Volkes angehört, im Volke selbst aber nur als Gefühl schlummert, wendeten sie sich an den natürlichen Verstand Aller, und erkannten dasjenige für eine juristische Pflicht, was alle Menschen als Schuldigkeit einander gegenüber annehmen. Ueberhaupt war ja ihr Naturrecht auf die objective Erscheinung des Rechts im Volke gebaut, und sie sprachen von der naturalis ratio als Schöpferin desselben nur insoferne, als man zu jeder Zeit dasjenige, was als eine allgemeine Ansicht der Menschen und Völker sich darstellt, als durch die

naturalis ratio begründet ansieht. Es gibt wohl manchmal ein doppeltes Naturrecht, wie eine doppelte Quelle der Mode; nämlich diejenige Mode und dasjenige Recht, welchen das Gefühl und die Ansicht der Volksmasse, oft unbekümmert um die innern Gründe, folgt, und die Mode und das Recht, auf welche einzelne Leute, die besonders darüber speculiren, die andern aufmerksam machen. Das Naturrecht der letztern Art ist bei uns in Deutschland so herrschend geworden, daß oft vor der Schulweisheit der Rechssinn des Volkes gering geachtet wurde, was bei den Völkern des Alterthumes nicht der Fall war. Diese bauten vielmehr ausdrücklich ihre Grundbegriffe von Recht und von den bürgerlichen Einrichtungen auf diejenigen Einrichtungen und auf denjenigen Inbegriff von Rechtssätzen quibus gentes humanae utuntur veluti erga Deum religio, ut parentibus et patriae pareamus, ut vim atque injuriam propulsemus; ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes: regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata: commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt. Hieraus folgt auch, daß die Römer, insofern sie das Gefühl und die Ansicht der Völker für die eigentliche Quelle des allgemeinen Rechts hielten, das justum, aequum, et honestum nicht unterschieden, und eben so wenig eine innere Legalität des Gewissens und eine äußere der bürgerlichen Ordnung statuirten.

§. 2.

Dagegen kamen die Römer auf eine andere practische Verschiedenheit der Pflichten. Der Anspruch vor dem Prätor konnte nicht gegründet werden in das allgemeine Gefühl von Recht und Unrecht, sondern hier bedurfte es einer speciell in jure d. i. in foro anerkannten Basis. Man mußte sich darauf beziehen können, daß der bestimmte Anspruch seinem Grunde und seinem Objecte nach Anerkennung vor dem Prätor nach gewissen Erklärungen oder nach der Uebung des Gerichts finde. Jedem ist bekannt, daß hauptsächlich nach dieser

Seite die obligatio angesehen wurde, und daß diese so den Standpunkt der actio bekam. Dabei wurde dann nicht weiter gefragt, wie es mit der Rechtsansicht im Volke stehe, nur wollte der Prätor nie in foro dasjenige anerkennen, was in der Welt für inhonestum galt: umgekehrt aber gab es mancherlei Ansprüche, die sich blos auf das Dasein gewisser Rechtsformen gründeten. Auf diese Weise wird der Unterschied der juristischen Schuldigkeit in die klagbare und nicht klagbare, in die civilis und nicht civilis nachgewiesen [1]), und es ist die juristische Bedeutung der letztern näher zu untersuchen.

§. 3.

Wenn nun auch ein römischer Jurist sagt:

„Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus“ [2])

so ist damit der volle Gegensatz zur klagbaren Obligation noch nicht ausgesprochen, und noch weniger sind die verschiedenen Nüancen zu erkennen, in welchen der Römer in Beziehung auf eine Schuldigkeit sein Wörtchen „naturalis“ brauchte. Dieser Ausdruck ist im Geiste der römischen Jurisprudenz dafür bestimmt, zugleich etwas zu negiren und etwas positiv auszusprechen, und hat daher immerhin eine verschiedenartige relative Bedeutung. Die Verbindung der Worte naturalis solutio [3]), naturalis conjunctio [4]), naturalis possessio bewährt dieses hinlänglich. Insoweit stimmen wir auch mit

1) Es ist nicht richtig, wenn Franke in seinen Abhandlungen S. 67 behauptet, die klagbaren Obligationen hätten bei den Römern naturales geheißen, denn die angeführten Stellen sagen dieses nicht. Die L. 7. D. 2. 14. sagt blos, daß auch jure gentium gewisse Obligationen für klagbar angesehen würden (was ist wohl natürlicher?) und die L. 10. D. 44. 7. und L. 16. §. 4. D. 46. 1. sagen blos, daß man eine obligatio naturalis zunächst an den zwei Punkten der Klage (die ihr nicht zusteht) und der Rückforderung (die ihr zusteht) erkennen könne.

2) L. 84. §. 1. D. 50. 17.

3) Im Gegensatze der per aes et libram. Gajus IV. 168. 173 Cicero de leg. II. 20. 21.

4) Im Gegensatze der agnatio oder cognatio civilis.

Digitized by Google

Alex. Lelievre in seiner dissertatio — quid est turalis ex sententia Romanorum — überein, al nen wir es nicht kommen lassen, als hätte das in Beziehung auf die obligatio keine Bestimmth in der Zusammenstellung der Fälle, für welche nischer Ausdruck hervortreten soll, als in der N rechtlichen Folgen, welche für die einzelnen F Unsere Behauptung soll durch die eben folgende der obligationes naturales und deren Beziehung zelnen Fälle practisch erörtert werden.

§. 4.

Wir unterscheiden zwei Hauptrichtungen, f Ausdruck obligatio naturalis vorkömmt, nämlich

I. für solche Fälle, welche das jus civile sichtigt, weil sie sich auf Subjecte und Verhält bei welchen an eine Rechtsverfolgung überhaupt ken war;

II. für solche Fälle, welche sich auf Perso hältnisse beziehen, wo das Civilrecht eine Re als Regel zuläßt, aber doch bestimmte Vorausset oder gewisse Fälle wieder ausnimmt, wo dann Voraussetzungen nicht da sind, oder die Ausnah die obligatio naturalis ist.

§. 5.

In der ersten Hinsicht gehört hierher

1) das Verhältniß der servi: — die servi gegen welche unmittelbar nicht nur eine Re nicht stattfinden kann, sondern die auch als überhaupt nicht betrachtet wurden; eigentlich her sagen sollen, daß sie sich gar nicht oblig allein die römischen Juristen sprachen doch v gatio naturalis freilich mit dem Beisatze: sed abutimur, factum magis demonstramus, quam referimus obligationem. [5]) Dabei ist nur nicht

5) L. 41. D. 15. 1.

Digitized by Google

daß der Herr durch die Handlung eines servus civiliter erwerben und obligirt werden kann, und zwar ex delicto in solidum mit Rücksicht auf das Noxalverhältniß, ex contractu aber nur de peculio und de in rem verso.[6]) Es entsteht also gewissermaßen durch den servus eine obligatio civilis, aber nicht für den servus, sondern für den dominus, weil dieser Rechtssubject ist, und auf mittelbare Weise in die Obligation tritt. Dabei ist natürlich, daß, soweit dies nicht der Fall ist, wie z. B. bei demjenigen, was nicht de peculio und de in rem verso gesucht werden kann, die Schuldigkeit nur eine factische, keine juristische ist. Auch ist dies auf die ganze Obligation hin anzunehmen, wenn die in derselben potestas stehenden servi miteinander contrahiren, und nur die Wirkung findet statt, daß der Herr ein solches naturale debitum in Rechnung bringen kann, wenn er von einem extraneus de peculio belangt wird. Wird der servus frei[7]) und der Herr bezahlt ihm etwas, was er ihm früher schuldig geworden ist, so kann er es nicht zurückfordern[8]), und auch insofern ist das debitum naturale wieder etwas mehr als bloßes factum[9]), wenn man nicht weiß, daß die Römer gerade dasjenige factisch nennen, was eine juristische Bedeutung hat, nur nicht die vollkommne oder civilistische, von der sie immer ausgingen. Ex intercessionibus, compromissis, und ex judicato wurde der servus auch nicht naturaliter obligirt, weil die Römer einen servus gar nicht zu solchen Rechtsgeschäften zuließen.[10])

2) Das Verhältniß der filii familias. Jedoch findet hier ein großer Unterschied gegen das Verhältniß bei den servis

6) Cujacius in opp. Neap. ed. tom. VIII. pag. 341.

7) Ueberhaupt über die Wirkung einer obligatio des servus nach der Manumission Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 86.

8) L. 64. D. 12. 6.

9) Auch kann jemand für einen servus intercediren (unten §. 9.) aber ein Pfandrecht kann der servus selbst nicht bestellen, weil er kein Eigenthum und keinen Besitz hat.

10) Cujacius in obsers. lib. 8. obs. 11.

Digitized by Google

statt: die filii und filiae sind nämlich nur insoferne nicht Rechtssubjecte, als sie mit ihrem Gewalthaber oder mit den unter derselben Gewalt stehenden Individuen zu thun haben; gegen extranei aber sind sie Rechtssubjecte, nur können die extranei bloß in so weit klagen, als die filii Vermögen haben. [11]) Wenn übrigens Weber [12]) behauptet, die Obligationes der filii gegen den Vater oder untereinander seyen jetzt nicht mehr blos naturales d. h. in eben dem Sinne wie bei den Sclaven factisch [13]), weil die Sitte bei uns entgegen sey, so können wir weder diese Veränderung in den Sitten glauben, obgleich Weber nicht nur den in solchen Paradoxien berühmten Thomasius, sondern auch unsern gelehrten Glück anführt, noch überhaupt annehmen, daß die Grundsätze von der väterlichen Gewalt nicht mehr aus dem römischen Rechte herzuholen seyen.

§. 6.

Fortsetzung.

Es gehören ferner hieher

3) die officia pietatis et remunerationis Es ist eine bekannte Sache, daß die Römer gewisse Verhältnisse für nicht geeignet hielten, ihnen eine andere juristische Richtung zu geben, als daß die Leistung aus einer solchen Pflicht für gültig geschehen erkannt wurde. Es sind dies die Pflichten der Unterstützung, die sich in verschiedenen Lagen des Lebens, und besonders unter solchen Personen, die sich nahe verbunden sind, durch das natürliche Gefühl des Anstandes geltend machen. Ob hier jemand seine Pflicht übte in der richtigen Kenntniß ihrer juristischen Bedeutung, oder ob er sie überschätzte, ist gleichgültig. Auch stellten die Römer hieher die durch den Anstand gebotene Pflicht der Entgeltung, und nannten dieselbe eine naturalis obligatio. [14])

11) L. 39. D. 44. 7. L. ult. §. 2. D. 45. 1.
12) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 88.
13) L. 38. D. 12. 6. Cujacius tom. 1. pag. 1552.
14) L. 25. §. 11. D. 5. 3.

Digitized by Google

4) Gehören endlich hierher die Versprechungen und Bestimmungen des freien Willens, wo die Römer mit der einfachen Erklärung nicht zufrieden waren, und die Erfüllungspflicht daher als eine Sache des juristischen Gewissens ansahen, somit die Erfüllung als gültig geschehen betrachteten. Dieses tritt ein bei den einfachen pactis und bei den fideicommissis in der ältern Zeit [15]). Will man diese obligatio naturalis eine factische — oder das ganze Verhältniß factisch nennen, so mag man es thun, wie es die Römer bei der obligatio des servus selbst gethan haben; allein es drückt dieses Wort nicht aus, daß eine solche Verbindlichkeit keine sey, wie schon oben dargestellt ist. Sehr unrecht hat Weber *), wenn er die Grundsätze von den an sich erlaubten pactis mit solchen Verträgen zusammenstellt, die wegen ihres Inhalts jure civili ausdrücklich reprobirt sind, denn hier besteht keine obligatio naturalis, und es finden die allgemeinen Grundsätze von den materiell nichtigen Geschäften statt, wovon im §. 12. die Rede seyn wird.

§. 7.

Für die andere Classe von Fällen, wo eine obligatio naturalis hervortritt (§. 4. sub II.), muß man ganz besonders auf die Wirkungen aufmerksam seyn; denn wenn die Römer eine obligatio unter gewissen Voraussetzungen niederdrücken, oder bei einer obligatio ausnahmsweise die Rechtsverfolgung hindern, so geschieht dieses bald so, daß die obligatio gar keine juristische Wirkung haben soll, und die Lage des Gläubigers schlimmer, wie in den Fällen des §. 5. 6. ist, indem sogar eine Rückforderung des Bezahlten zugelassen wird [16]), bald so, daß der Klage eine Einrede entgegengesetzt werden

15) In der spätern Zeit nämlich fand bei den fidecommissis eine extraordinaria cognitio statt. L. 178. §. 2. 3. D. 50. 16. Lelievre pag. 39.

*) Von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 81.

16) Hier greifen die Feinheiten des römischen Condictionensystems ein, von welchen weiter unten Gebrauch gemacht werden wird.

Digitized by Google

kann, ohne daß Zurückforderung des Bezahlten statt fände. Ja, im Einzelnen dieser Obligationen tritt so vieles Eigenthümliche, besonders hinsichtlich Dritter, die mit einer solchen Obligation in Verbindung kommen, ein, daß man nur von einer völlig genauen Unterscheidung aller einzelnen Fälle das richtige Resultat erwarten kann.

§. 8.

Es gehören hierher

1) die Obligationen der Unmündigen und Minderjährigen, die sie ohne Tutor und Curator eingehen.

a) Man begreift leicht, daß Kinder keine Verbindlichkeit eingehen können, und daß bei diesen nicht einmal die auctoritas tutoris möglich ist [17]). Es gehört nicht hierher, ob sie nicht ausnahmsweise tutore auctore Besitz, und durch diesen Rechte erwerben können, genug, daß die obligatio der Kinder pro nulla gilt. Was aber

b) die Obligatio anderer Unmündigen betrifft, so besteht bekanntlich eine große Controverse von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit. Donellus wirft hierin schon dem Cujacius vor, daß dieser eine nicht befriedigende Meinung des Martinus aufgewärmt habe [18]), indem er annahm, daß eine obligatio bei den Pupillen, die ohne Tutor handeln, unter der Voraussetzung von den römischen Juristen zugelassen sei, daß dadurch der Nutzen des Pupillen befördert werde [19]), während im andern Falle auch nicht einmal eine obligatio naturalis bestehe. So sollen die widersprechenden L. 41. D. 12. 6. L. 59. D. 44. 7. L. 1. §. 1. D. 46. 2. L. 44. D. 46. 3. L. 21. D. 35. 2. und l. 64. D. 36. 1. erklärt werden, indem es bei den ersteren Stellen heißt, der pupillus werde nicht einmal jure naturali obligirt, während die andern Stellen eine obligatio naturalis

17) Sie werden den furiosis gleichgehalten. §. 9. J. 3. 20.

18) Donellus Comment. jur. civ. lib. 12. c. 2. und ad L. 127. D. de V. O.

19) Daß unter dieser Voraussetzung der Pupill obligirt werde, hat keinen Zweifel.

Digitized by Google

und ein debitum ausdrücklich voraussetzen. Weber [20]) und andere glauben, in den ersten Stellen sey von den infantiae proximis, in den andern von den pubertati proximis die Rede. Was uns betrifft, so sind wir der Ansicht, daß nach dem Argumente und Inhalte der Stellen selbst auf eine andere Art zu unterscheiden sey:

α) in Beziehung auf die Person der Pupillen ist die obligatio stets nulla [21]), den einzigen Fall ausgenommen, wo der pupillus dadurch locupletior wird. So erklären sich die allgemeinen Aeußerungen in L. 41. D. 12. 6. und in L. 59. D. 44. 7. Wenn man nach L. 46. D. 44. 7. auch den Fall zur Ausnahme gerechnet hat, wo der pupillus ex re obligirt wird, so ist dies weniger eine Ausnahme, als die Folge des höchst natürlichen Gedankens, daß, wenn eine Verbindlichkeit nicht aus dem Willen der Parthei, als unmittelbar durch das Gesetz entsteht, consequent auch derjenige verbunden werde, der keinen Willen hat, also hier selbst infantes und furiosi. Hier dürfen wir aber nicht an die obligatio ex delicto denken, denn diese gründet sich allerdings auf einen Act des Willens, und trifft also diejenigen nicht, welche keinen Willen haben. Dabei ist es eine bekannte Sache, daß der pupillus, welcher nicht mehr infans und infantiae proximus ist, für doli capax wenigstens mit Rücksicht auf die Individualität des Falles gilt, und in soweit ist auch die Stelle in der L. 46. „vel damnum in eo pupillus dederit" zu verstehen.

β. Schon in Beziehung auf die Erben des Pupillen erscheint

---

20) Seite 267. in der Note.

21) Es ist aber im Allgemeinen immer möglich, daß die von dem Pupillen contrahirte Schuld bezahlt wird, und auch schon in sofern wird der Ausdruck naturalis obligatio gebraucht, wobei man freilich einen Zustand der Dinge im Auge hat, in welchem die Zurückforderung entweder factisch nicht mehr statt hat, oder durch neue Umstände juristisch verhindert wird. Hier steht naturalis mehr für futura L. 25. §. 1. D. 36, 2.

Digitized by Google

die obligatio des Pupillen als naturalis [22]). Der Gegensatz zu der Richtung des Falles ad α. tritt zunächst darin hervor, daß der Pupille nach L. 41. D. 12. 6. das Bezahlte, auch wenn er sciens bezahlt hätte, zurückfordern kann [23]), der Erbe eines Pupillen aber unter keinem Verhältnisse das Rückforderungsrecht hat. Und in dieser speciellen Beziehung nennt der Jurist ausdrücklich die obligatio eine naturalis. L. 64. D. 36. 1. Ja, die römischen Juristen nennen sogar sehr erklärlich in Beziehung auf den Pupillen selbst die obligatio eine naturalis, wenn er aus einem andern concurrirenden Rechtsgrunde das Gezahlte nicht mehr zurückfordern kann. Unter dieser Voraussetzung können die L. 44. D. 46. 3. und die L. 21. D. 35. 2. erklärt werden, wo der Gläubiger dem Pupillen ein Legat unter der Bedingung vermacht hat, wenn er das vom Erblasser erhaltene Darlehen an den Erben zurückerstatten würde. Hier kann er natürlich das Bezahlte schon deßhalb nicht zurückfordern, weil er die Bedingung des Legats erfüllt hat, und er das Legat nur behalten kann, wenn er die Bedingung hält.

γ) In Beziehung auf einen Dritten im Allgemeinen ist die Obligatio eines Pupillen in sofern naturalis, als sie durch Novation ein guter Grund sogar für eine obligatio civilis ist [24]). Es ist somit in der That kein Widerspruch vorhanden, und so vereinigen sich die verschiedenen Stellen des Neratius, Licinius Rufinus, Ulpianus, Marcianus und Paulus.

δ) In Hinsicht auf die accessorischen Obligationen ist wohl einzusehen, daß, sofern die Folgen derselben auf den

22) Umgekehrt aber hat der Erbe auch den favor einer obligatio naturalis, sofern ein solcher wie z. B. in L. 95. §. 2. D. 46. 3. sich herausstellt.

23) Die Stelle gehört eigentlich nicht in den Titel de condictione indebiti, sondern sine causa, wie auch die Correlatstelle L. 29. D. eod. S. Heidelberger Jahrbücher vom Jahr 1822, S. 548. daß auch der Fall des scienter bezahlen darunter begriffen ist, zeigt schon das Wörtchen „generaliter" in der letzten Stelle.

24) L. 1. §. 1. D. de novation.

Digitized by Google

Pupillen zurückfallen würden, die accessorische Obligation ohne Bedeutung ist, und in soweit kann sich auch der Bürge der Exceptionen aus der Principalforderung bedienen [25]), aber wenn der Bürge sich ausdrücklich und wissentlich für die Schuld eines Pupillen verpflichtet, so muß er haften, weil er ja auch zu Schenkungen sich verpflichten kann [26]). Außerdem versteht sich, daß der Pupill kein Pfand gültig gibt, weil er nichts veräußern kann [27]).

Zuletzt erklärt sich von selbst, daß, wenn ein Gläubiger einen Pupillen zum Expromissor genommen hat, er seine Rechte gegen den frühern Schuldner verliert [28]), ohne daß er deßhalb wegen seiner ehemals guten Schuld besondere Rechte gegen den Pupillen erwirbt.

Was die Minderjährigen angeht, so kann man nach dem Standpunkte des neuesten Rechts und der deutschen Praxis nicht zweifeln, daß, wenn sie Obligationen eingehen, welche auf ihr Vermögen Bezug haben, diese, sofern die Minderjährigen ohne Curator handeln, eben so beurtheilt werden, wie die Obligationen der Unmündigen ohne Tutor. Es ist dies auch den Worten und dem Sinne der L. 3. Cod. de in integr. restitut. gemäß, und die L. 101. D. de V. O. — Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. — will nichts anders ausdrücken, als daß der pubes den Stipulationsactus ohne Curator vornehmen kann, was der impubes nicht konnte, indem der tutor auctor negotii und folglich praesens seyn mußte [29]). Die vorausgehende Einwilligung

25) L. 19. D. 44. 1.

26) L. 25. D. 46. 1.

27) L. 1. pr. D. quae res pignori. Wenn ein Dritter ein Pfand gibt, so ist es wie bei der Intercession.

28) §. 3. Inst. quib. mod. obl. toll.

29) Sehr unrecht ist es, wenn man in den neueren Compendien, z. B. Makeldey's Lehrbuch unter dem allgemeinen Titel von den Rechtsgeschäften die Fähigkeit der Personen bespricht, denn der eine kann einen Vertrag machen, und kein Testament, wie z. B. der filius, der andere kann einen Vertrag machen

oder die Ratihabition des Curators macht aber bekanntlich das Geschäft gültig, und der Minor ist für seine Person fähig, eine Stipulation einzugehen, nur muß er, wenn sie auf Vermögensverhältnisse Einfluß hat, die Einwilligung seines Curators haben [30]).

§. 9.

Hierher gehören

2) furiosi und die Verschwender, denen das commercium vom Gerichte genommen ist. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß die ersten gar keinen Willen haben, und also keine obligatio entsteht [31]), die andern aber wohl einen Willen haben, der ihnen aber juristisch in soweit entzogen ist, als sie veräußern oder vertragsmäßig über ihr Vermögen sich verpflichten wollen. In sofern sind sie dann anzusehen, wie wenn sie keinen Willen hätten [32]). Insofern ist also ihre obligatio nicht einmal eine naturalis, und es findet daher die Rückforderung mit der condictio sine causa statt, weil solche Leute nicht einmal schenken können [33]); auch ist die accessorische Obligation eines Dritten (Bürgschaft) ungültig [34]), nur kann dem Dritten nicht geholfen werden, wenn er wohl wissend, daß die obligatio des Hauptschuldners ungültig ist, dafür zu stehen versprochen hat. So legen die Meisten die L. 25. D. 46. 1. aus, obgleich die Sache nicht so darin steht [35]). Vielleicht war hier ein Unterschied zwischen der alten sponsio oder fidepromissio und fidejussio, denn Gajus lehrt uns [36]), daß der sponsor und fidepromissor verhaftet war, auch

---

und ein Testament, aber keine Ehe schließen, wie z. B. der furiosus in dilucido intervallo, der castratus u. s. w.

30) Man vergl. darüber Vinnius Inst. Comment., die Ausgabe von Heineccius, S. 647, und meine Grundlinien Seite 607.

31) §. 8. J. de inut. stipul.

32) L. 6. D. 45. 1.

33) Meine Grundlinien, S. 579.

34) L. 6. D. 45. 1.

35) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 113.

36) Lib. III. §. 119.

Digitized by Google

wenn der Prinzipalschuldner nicht obligirt wurde, was vielleicht bei der fidejussio anders war, obgleich man auch für einen servus fidejubiren konnte. Uebrigens haben wir schon im §. 6. u. 7. bemerkt, daß das Verhältniß eines pupillus sine tutore, eines furiosus und prodigus noch weniger günstig behandelt wurde, wie das eines servus. Hiernach scheint es uns, daß in der L. 25. D. 46. 1. entweder ursprünglich fideipromiserit gestanden hat, welches von Tribonian aus natürlichen Gründen in fidejusserit verwandelt wurde [37]), oder daß der Fall streitig war, und Ulpianus die Meinung annahm, daß der fidejussor haften müsse, was auch die Wörtchen „magis esse" recht gut anzuzeigen scheinen.

§. 10.

Hierher gehören

3) die Weiber, in Rücksicht auf die Intercessions-Obligationen. Die Verbindlichkeiten der Weiber aus einer Intercession sind durch ein SC. und durch die Interpretation der Juristen als gänzlich reprobirt anzusehen, und bleiben daher nicht einmal naturales [38]), sie sind inanes [39]). Hinsichtlich der speciellen Folgen tritt aber hier manches Merkwürdige hervor, was uns in die Feinheiten des römischen Condictionensystems führt. Das Weib kann nämlich das Bezahlte nicht unbedingt condiciren, sondern nur wenn sie ex errore bezahlt hat, wobei man nicht vergessen darf, daß die Weiber bei rein-bürgerlichen Einrichtungen und streng-positiven Rechtssätzen auch wegen des error juris entschuldigt werden. Die Weiber haben also nicht die condictio sine causa, bei welcher es bekanntlich auf den Unterschied der scientia und ignorantia nicht ankommt, sondern die con-

37) Die sponsiones und fideipromissiones wurden mehr nach der Natur der donationes und der selbstständigen nicht subsidiären Haftung betrachtet, wie besonders gut nachweist Hugo in seiner Rechtsgeschichte, X. Ausgabe, S. 365.

38) L. 16. §. 1. D. 16. 1.

39) L. 8. §. 9. D. eod.

dictio indebiti [40]). Hiermit hängt gewissermaßen zusammen, daß bei einem Weibe, welchem dolus in der Intercession vorgeworfen werden kann, die obligatio nicht als inanis angesehen wird: infirmitas enim feminarum, non calliditas, auxilium meruit. Hiermit hängt ferner zusammen, daß, wenn ein Weib für ihre Intercessions-Obligatio ein Pfand bestellt hat, die Rückforderung des Pfandes nur stattfinden kann, wenn dasselbe aus Irrthum bestellt ist. Zwar ist hier Thibaut anderer Meinung, indem er annimmt, das Pfand könne entweder mit der vindicatio oder mit der condictio sine causa zurückgefordert werden, und in beiden Fällen könne auf den Unterschied des wissentlichen oder irrthümlichen Bestellens nichts ankommen. Wir sehen nämlich [41]) dieses als das Hauptargument an, weil keines der angezogenen Fragmente unsern Fall im Auge hat, das erste [42]) nicht so allgemein und unbedingt spricht, indem ja die Haupt-Obligatio, von der hier die Gültigkeit des Pfandes abhängt, nicht unbedingt inanis ist, und weil die beiden andern in der That andere Fälle und besondere Argumente zur Grundlage haben [43]). Jenes Hauptargument aber wieder angesehen, so scheint uns, daß, wenn das intercedirende Weib die vindicatio anstellt, und ihr die exceptio debiti non soluti gemacht wird, worauf sie die replica nullitatis setzt, das Ende der Dinge noch nicht gekommen ist, indem jetzt die duplica der nicht unbedingten Nullität eintritt, weil das Pfand scienter bestellt sey. Von der condictio sine causa kann aber überhaupt nicht die Rede seyn, weil eine condictio nicht anzustellen ist, wo das Eigenthum auf den Condicirten nicht übergegangen ist, ein einziger Fall, den der condictio furtiva ausgenommen, was odio furum bestimmt ist, wie uns dies alles Gajus auf das genaueste

40) L. 26. §. 3. L. 40. D. 12. 6. L. 9. cod. 4. 29.

41) Abhandlungen, S. 330.

42) L. 25. D. 20. 1.

43) L. 33. D. eod. Glück im Commentar, 14. Bd. §. 864. L. 5. D. 12. 7.

Digitized by Google

erzählt [44]). Mit uns einstimmend ist auch Schweppe in der vierten Ausgabe seines Privatrechts §. 328., aber er hat seine Sache zu leicht genommen, indem er die so scharfsinnig und fein vorgetragenen Thibaut'schen Argumente nicht würdigte, sondern Alles allein darin setzte, daß nicht abzusehen sei, warum gegen die wissentliche Pfandbestellung größere Hülfe stattfinden soll, als gegen die wissentliche solutio oder promissio indebiti, da auch in der Pfandbestellung ein Weggeben liegt, wenigstens in sofern, daß sich nun der Verpfänder zur Ablösung entschließen muß. Dagegen nämlich würde das Thibaut'sche Argument kräftig bleiben, daß in dem Pfandbestellen kein Weggeben des Eigenthums, sondern vielmehr ein Vorbehalt desselben liegt, und folglich die vindicatio bloß durch das Schweppe'sche Argument nicht entkräftet werden könne. Aber das bleibt unangreifbar, daß, wenn die Hauptobligatio nicht unbedingt ungültig ist, die Pfandobligatio es auch nicht seyn wird; und gesetzt selbst die Intercession wäre von Anfang unbedingt ungültig, so ist doch wahr, daß das postfactum der wissentlichen oder irrthümlichen Zahlung einen rückwirkenden Einfluß auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit hat, und daß die Pfandbestellung selbst nicht anders als eine eventuelle Zahlung betrachtet werden kann. Die Analogie dieses Verhältnisses paßt vollkommen auf den Bürgen, und die L. 16. §. 1. D. 16. 1. ist nicht dawider, da hier nur gesagt werden sollte, der Bürge habe die exceptio, auch wenn er keine Mandatsklage habe. Aber der Bürge kann und soll nicht besser daran seyn, als die Hauptschuldnerin [45]). Im übrigen ist richtig, daß ein Weib, welches bei seiner Intercession ab initio nicht gebunden ist, die Intercessionsschuld weder noviren, noch daß ihm deßhalb die Compensation entgegengesetzt werden kann.

§. 11.

Hierher gehören

4) die Obligationen, welche eine unmoralische Grundlage

44) Lib. IV. §. 4.

45) Weber §. 113. in der Note 7.

haben. Darüber verlangt derjenige, welcher den Geist des römischen Rechts kennt, keine Belege, doch provociren wir auf L. 26. D. 45. 1.

Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti [46]).

Im Uebrigen haben die Römer wegen des Rückforderungsrechts hier besondere Grundsätze aufgestellt; es solle nämlich die repetitio nur stattfinden, wenn die turpitudo auf Seite des Empfängers, nicht aber, wenn sie zugleich auf Seite des Gebers sey; denn hier solle der Grundsatz entscheiden: melior est conditio possidentis; noch weniger aber soll die Rückforderung eintreten, wenn die turpitudo allein auf Seite des Gebers ist, wie in dem prägnanten Falle der L. 4. §. 3. D. 12. 5.:

> illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Um die Natur und Wirkungen der einzelnen Verbindlichkeiten bei den Römern zu begreifen, muß man durchaus auf die drei höchst practischen Fragen Rücksicht nehmen: Kann man klagen? Kann man das Bezahlte zurückfordern? und in diesem Falle mit welcher Condiction? In der letztern Hinsicht zeigt sich nämlich, daß unter Umständen eine Verbindlichkeit nicht einmal eine natürliche seyn kann, und dennoch das Rückforderungsrecht nicht statt hat. So ist gewiß in unserm Falle die obligatio bei einem Vertrage, wo turpitudo auf beiden Seiten gefunden wird, keine naturalis, und es läßt sich folglich weder Novation, noch Compensation, noch Bürgschaft, noch Pfandrecht gültig denken, aber es findet dennoch die repetitio nicht statt. So haben die Römer mit unendlicher Feinheit das Einzelnste verarbeitet.

§. 12.

Hierher gehören

5) die wegen Formfehler oder wegen innerer juristischen Mängel ungültigen Obligationen. Was

46) cf. L. 6. cod. de pactis.

a. die Ungültigkeit wegen Formfehler angeht, so entsteht hieraus eine totale Reprobation, ohne daß wir mit Weber [47]) unterscheiden könnten, ob die Civilgesetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewisse Feierlichkeiten vorschreiben oder ob bei einem bürgerlichen Institute bestimmte Solennitäten vorkommen. Es greift hier ein die L. 54. D. 12. 6.

> Ex his omnibus causis quae jure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus est.

Nur dasjenige ist hier besonders merkwürdig, was wir im Laufe des §. noch näher ausführen werden, daß die Rückforderung der aus einem unförmlichen Geschäfte folgenden obligatio nur stattfindet, wenn der Rückforderer sich in dem error gründen kann, denn die condictio sine causa ist ein höchst subsidiäres Rechtsmittel, und ist auf unsern Fall speciell nicht angewendet. Dabei ist auf eine Unterscheidung Rücksicht zu nehmen, welche unsern Weber zu der eben angeführten unrichtigen Darstellung gebracht hat. Wenn ein Erbe aus einem ungültigen Codicille ein Vermächtniß bezahlt hat, so kann er, wenn ein entschuldbarer error untergelaufen ist, es zurückfordern [48]), denn die Römer sehen die Verbindlichkeiten, die nur in Rücksicht auf ein solennes Geschäft Bedeutung haben, für schlechthin nicht existirend an, sofern es an der Solennität des Geschäfts fehlt. Ein anderes wäre es, wenn jemand etwas leistet, in der Gesinnung wohl nicht förmlich aber doch fideicommissarisch oder im Gewissen verbunden zu seyn, denn hier erfüllt er ein debitum naturale. Aber bei den Stipulationen lag Manches in der Stipulationsform z. B. si quis decem stipuletur, tu quinque promittas, so war die ganze Stipulation ungültig; nun aber konnte es sich fragen, ob nicht auf fünf das Geschäft als pactum gültig sey, und insoweit ein debitum naturale erfüllt werde. Dieses scheint Weber anzunehmen; allein es entscheidet nach unserer

47) §. 54. S. 173.

48) L. 7. Cod. 4., 5. cf. L. 9. cod. ad leg. falcid.

Digitized by Google

Meinung auch hier wieder die intentio partium — wenn eine obligatio durch eine Stipulation geschlossen werden soll, so ist die obligatio nulla, wenn die stipulatio inutilis ist, und die natürliche Verbindlichkeit aus einem pacto kann nur angenommen werden, wenn die Partheien sich nur naturaliter und nicht civiliter verbinden wollten.[49]) Aus diesem Standpunkte muß Manches in Bezug auf die römische Stipulationsform für ungültig erklärt werden, wobei es sich noch fragen würde, wie es mit der Ungültigkeit nach der Natur der Sache steht. Z. B. die verborum obligatio inter absentes concepta ist ungültig, die promissio, einem dritten etwas leisten zu wollen, ohne Unterschied ist der Form wegen ungültig. Auf der andern Seite liegt es schon in der Natur der Sache, ohne Rücksicht auf die Form, daß ein Vertrag zum Besten eines dritten nichts gilt, bei welchem man kein Interesse hat, oder nicht eines durch eine Pönalstipulation geschaffen hat. Doch dies nur im Vorübergehen, denn

b. wichtiger ist die Untersuchung der Ungültigkeit einer Obligation aus materiellen Gründen. Wir theilen hier vorerst die Ansicht Thibauts[50]), daß, wenn die Gesetze ein Geschäft ganz vernichten, zwei Hauptfälle zu unterscheiden seyen: ob ein besonderes Interesse des Veräußernden, welchen das Gesetz beschützen will, hervortritt, oder ob allgemeinere Gründe des öffentlichen Besten oder der Sittlichkeit die Veranlassung dazu waren. In der letzteren Hinsicht kömmt im Systeme der Römer Alles darauf an, ob die Uebertretung des Gesetzes als eine Schändlichkeit sich darstellt oder nicht, denn in dem erstern Falle entscheiden die Grundsätze von der condictio ob turpem causam, in dem andern ist kein Rückforderungsrecht begründet außer ex capite erroris. Daher findet eine Rückforderung bei der Ungültigkeit der obligatio aus materiellen Gründen ohne Irrthum nur statt, wenn zum Besten des Veräußerers

49) Welche Folgen hier eintreten, ist sehr zweifelhaft. Weber §. 81. in der Note 1. jetzt ohne practische Bedeutung.

50) Civilistische Abhandlungen S. 325.

Digitized by Google

das unbedingte Rückforderungsrecht gestattet ist. Dabei ist noch zu bemerken, daß man die beiden Fälle wohl unterscheiden muß,

a. wo die obligatio zum Besten des debitor nur so vernichtet ist, daß er das Rückforderungsrecht blos dann hat, wenn er nicht freiwillig zahlte. Hier wollen die Gesetze die Freiheit der Schenkung anerkennen, und deshalb ist dies bedingte Rückforderungsrecht bei den Intercessionen der Weiber gerechtfertigt.

L. 40. D. 12. 6.

Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum, nam si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in SCo. de intercessionibus, ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum SCum pecuniam acceperit et paterfamilias factus, solverit, non repetit.

b. Dagegen tritt ein unbedingtes Rückforderungsrecht (condictio sine causa) schon dann ein, wenn das Geschäft von Personen gemacht ist, die nicht einmal schenken können, oder in Verhältnissen, wo die Schenkung selbst reprobirt ist (über 500 solid.[51]) — zwischen den Ehegatten[52]), bei pflichtwidrigen Schenkungen.[53]) Außerdem aber kömmt das unbedingte Rückforderungsrecht bei verbotenen Geschäften nur dann noch vor, wenn darneben ein besonderer Gedanke des öffentlichen Interesses (etwas, was wir etwa polizeilich nennen) die Römer dazu anregte, denn ihr Begriff des utilitas publica und des jus publicum war in dieser Beziehung weiter vielleicht, als der moderne.[54]) Hieher gehört die

51) L. 27. 36. §. 3. Cod 8. 54.
52) L. 15. §. 1. L. 16. 17. D. 24., 1.
53) L. 21. §. 1. D. 39., 5. meine Grundlinien S. 519.
54) Meine Grundlinien S. 519.

Digitized by Google

Zurückforderung [55]) einer bezahlten Spielschuld, — gezahlter verbotener Zinsen [56]), der Pfandsache, die jemand ex pacto commissorio hat [57]) der vergleichsweise weggebenen zur Alimentation bestimmten Güter [58]), der solchen Personen, die sich nicht heirathen können, gegebenen dos [59]); — freilich sieht man hier auf einem rein positiven Grund und Boden, und darf daher weder ein Princip aufstellen, noch durch Analogie fortentwickeln. Eben deßhalb muß man mit Thibaut im Zweifel geneigt seyn, nur die bedingte Rückforderung (condictio indebiti) eintreten zu lassen, und insoweit diese als Regel zu erkennen. Daher hat auch Weber ganz recht, wenn er bei gewissen Veräußerungsverboten [60]) die obligatio zwar für ungültig, die Rückforderung aber für unzuläßig erklärt, zumal nicht einmal der error in Betracht kommen kann, weil es ein error juris wäre, der in der Regel nicht entschuldigt. Im übrigen kann nichts davon abhängen, ob die verbotenen Geschäfte als Hauptgeschäfte, oder als Nebengeschäfte vorkommen. [61])

§. 13.

Indem wir nun zu derjenigen Art von Obligationen übergehen, bei welchen der Klage eine Einrede entgegengestellt

55) L. 3. Cod 3. 43., daß aber ein bezahltes Darlehen zum Spiel nicht zurückgefordert werden kann, ist leicht einzusehen, weil kein Grund da ist, den Darlehensempfänger (Spieler) dem Lehner gegenüber zu begünstigen. Webers Bedenken siehe in seinem Buche S. 317. 322.

56) L. 18. cod. 4. 32.

57) L. ult. cod. 8. 35.

58) L. 23. §. 2. D. 12. 6.

59) L. 5. D. 12. 7.

60) Z. B. für die Juden in Ansehung der unbeweglichen Güter.

61) Zu den schwächsten Darstellungen des Weber'schen Buches über die natürlichen Verbindlichkeiten gehört die Lehre von den pactis adjectis, welche reprobirt sind; wo hinsichtlich der jetzt noch practischen Bedeutung der römischen Sätze wir wohl mit dem von Weber aufgestellten Grundsatze, nicht aber mit der Anwendung desselben einverstanden sind (bei Weber §. 84.)

Digitized by Google

werden kann, ohne daß Zurückforderung des Bezahlten stattfände, müssen wir dabei aller noch übrigen Fälle im römischen Rechte gedenken, wo es heißt, daß jemand obligatus sey, aber eine exceptio perpetua ihm zu Gute komme. Man unterscheide hier:

1) die Römer hatten Obligationen ihres Formularrechts, welche durch eine exceptio als iniquae konnten dargestellt, und dadurch verworfen werden. Wir meinen die Stipulationsobligationen, wenn ihnen die exceptio metus oder doli opponirt wurde. Eine solche Obligation war so gut, wie keine, wenn man auch in honorem der Rechtsform sagte: jure civili te obligatum esse[62]). Hieraus folgt, daß, wer hier ex errore zahlte, die Rückforderungsklage anzustellen befugt war, schon nach dem allgemeinen Grundsatze:

Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest[63]).

2) Die Obligationen wurden im römischen Rechte nur nach gewissen Formen und Grundsätzen aufgehoben[64]) (ipso jure solutae sunt) — im Uebrigen aber trat auch hier die Billigkeit hervor, und es war die exceptio pacti gegeben, wenn nach der Intention der Partheien die Obligation als abgethan angesehen werden sollte. Auch hier war die obligatio so gut wie nulla, und war somit dennoch daraus Zahlung geleistet, so fand aus gleichen Gründen bei'm error die condictio indebiti statt.

3) Specielle Rücksichten aber treten ein, wenn einer Obligation die Einrede der durch Urtheil entschiedenen Sache, oder der durch Eid abgethanen Sache entgegensteht. Hier nehmen die Römer an:

a. daß, wenn der Obligirte durch ein falsches Urtheil entbunden ist, aber gleichwohl gezahlt hat, er nicht zurückfordern könne, weil die obligatio naturalis geblieben sey. Es

62) §. 1. In. 4. 13.
63) L. 40. und L. 24. D. 12. 6.
64) Meine Grundlinien §. 213.

geht dieses bestimmt hervor, nicht sowohl durch die ohne Begründung dastehende **L. 28. D. 12. 6.**, welche aber schon die Glosse gehörig erläutert, als vorzüglich durch die **L. 60. D. eod.**[65]) Hier, könnte man nun schließen, bliebe auch das Pfandrecht bestehen, weil, wenn der Pfandklage die exceptio solutae obligationis principalis per rem judicatam entgegengesetzt würde, diese Einrede durch die replica der noch bestehenden natürlichen Verbindlichkeit zu entkräften sey. Allein eine Pandectenstelle ist gerade dawider.

L. 13. D. 20. 6.

> **nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur**

und man sieht klar, daß die Römer die exceptio rei judicatae deshalb hieher ausdehnen wollten, weil sie sehr natürlich bei der Geltendmachung des accessorischen Rechts nicht eine nochmalige Verhandlung der Hauptsache stattfinden lassen konnten. Daher in diesem Punkte sich auch die Gleichstellung der solutio per rem judicatam mit der solutio ope

---

65) A. M. ist Weber §. 94. denn die **L. 60.** legt er offenbar unrichtig aus, indem er annimmt, sie spreche von der Zahlung vor der Entscheidung, da (dies selbst zugegeben) die Wirkung der litis Contestatio in Bezug auf die nachgefolgte Sentenz übersehen ist. Der von Weber angeführte Donellus exegesirt hier nicht, sondern räsonnirt. Am natürlichsten ist der Grund unserer Ansicht ausgesprochen **L. 50. §. 2. D. de peculio** „quia naturalis obligatio in litem translata non est“ weshalb Litis-Contestation und Urtheil auf die naturalis obligatio keinen Einfluß haben konnten. Vergl. Keller von der Litis-Contestation Seite 102, der jedoch unsern Gegenstand nicht genau genug angesehen hat, indem er wohl davon spricht, daß noch nach der Litis-Contestation ein Bürge und ein Pfandrecht bestellt werden kann, sich aber nicht darüber erklärt, wie es mit dem vor der Litis-Contestation bestellten Pfandrecht oder selbst mit dem nach der Litis-Contestation eingeräumten Pfandrecht bei erfolgter Absolution aussieht.

Digitized by Google

jurisjurandi in dem obenerwähnten Fragmente als richtig zeigt.[66])

b. Daß, wenn die Sache durch einen außergerichtlichen Eid abgethan ist, und dennoch die obligatio erfüllt wurde, die repetitio eintritt, weil durch den Eid, wie bei dem pactum de non petendo, die obligatio ganz aufgehoben ist, und also als naturalis nicht mehr bleibt, wie dies unbezweifelt aus L. 43. D. 12. 6. und aus L. ult pr. D. 12. 2. zu erkennen ist.

§. 14.

Es sind jetzt nur noch die Fälle übrig, wo nicht die obligatio ex aequitate durch eine Exception reprobirt oder aufgehoben ist, sondern wo nur die Klage nicht angestellt werden kann, und folglich die obligatio sicher als naturalis bestehen bleibt. Wir rechnen hieher als einzelne Fälle:

1) den Fall der Klagenverjährung, worüber wir noch in einer besondern Abhandlung uns verbreiten wollen,

2) den Fall, wo die Klage auf einen bestimmten Theil wegen des sogenannten beneficii competentiae nicht angestellt werden kann, und wo es ganz unbestritten ist, daß auf diesen Theil die obligatio naturalis mit allen Wirkungen sowohl in Hinsicht auf Nichtanstellung der condictio[67]) als in Hinsicht der Geltendmachung der Forderung durch Compensatio, Novatio und im Wege des Constituts fortbesteht. Auch der Bürge muß wegen dieses Theils der Forderung, welcher blos

66) Die Glosse geht über die Hauptsache weg, und hinsichtlich der oben bemerkten Gleichstellung will sie das jusjurandum delatum et necessarium, welches dieselben Folgen haben soll, wie eine res judicata von dem pactum jurisjurandi, welches die Folgen eines pacti hat, unterschieden wissen. Cujacius nimmt an, in dem Urtheile über die Hauptschuld liege stillschweigend immer auch das Urtheil über die Pfandobligation (tom. VII. pag. 1505.) obgleich er selbst wieder von dieser Meinung zu einer sogar dem Buchstaben des Gesetzes widerstrebenden, übergegangen ist (tom. IX. pag. 1236.

67) L. 9. D. 12. 6.

Digitized by Google

naturalis ist, haften, weil die exceptio, die hier der Hauptschuldner machen kann, nur ein exceptio personae ist, welche dem Bürgen nach bekannten allgemeinen Grundsätzen nicht zu statten kömmt.[68]) Was endlich das Pfandrecht angeht, so unterscheide man:

a. ob die actio hypothecaria gegen den Hauptschuldner selbst angestellt wird, dann kann sich freilich der Beklagte dadurch helfen, daß er die Zahlung[69]) aus der Hauptschuld anbietet, und dann nicht mehr leistet quantum facere potest.

b. Ob die actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer angestellt wird, dann ist es gewiß, daß die exceptio dem Beklagten nicht zu gut kömmt: denn einestheils geht diese exceptio nicht einmal auf die Erben des Hauptschuldners, sondern schon diese sind schuldig, das Ganze zu bezahlen und die Hauptklage kann darauf gegen sie gerichtet werden[70]); anderntheils ist der dritte Besitzer hier nicht anders, wie ein Intercedent zu betrachten, und wenn er auch das Recht hat, von der Hypothekarklage durch Bezahlung der Hauptschuld sich frei zu machen, so versteht es sich doch von selbst, daß er auf ein exceptio personae sich nicht beziehen kann. Nur das könnte noch bezweifelt werden, ob nicht, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner Klage erhoben hat, und nach Abzug des Competenzquanti bezahlt ist, auf das übrige gegen den dritten Besitzer der Pfandklage geklagt werden kann: aber die Sache ist leicht zu entscheiden, nämlich dahin, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen, wenn der Hauptschuldner absolvirt ist, das accessorische Recht nicht mehr geltend gemacht werden kann; den einzigen Fall in der Richtung gegen den Bürgen ausgenommen, wo dieser speciell, um die Einrede der Competenz zu entkräften, intercedirt hat, wo er als

68) L. 7. D. 44. 1. Nur der fidejussor als defensor socii kann sich natürlich auf das Recht der persona des Hauptschuldners berufen L. 63. §. 1. D. 17. 2. Weber von der natürl. Verb. §. 115. Note 3.

69) L. 16. §. 3. D. 20. 1.

70) L. 25. D. 42. 1.

donandi animo handelnd natürlich auf das Ganze haften muß[71]), und daher das Fehlende nachzuzahlen hat.

3) Den Fall des SCti Macedoniani mit der schon von Weber berührten Analogie in den Creditgesetzen einzelner Stände z. B. der Officiere und Studierenden, worüber jetzt, als über ein sehr bestrittenes Thema, ausführlich zu handeln ist.

§. 15.

Es ist eine bekannte Sache, daß der Klage aus einem Gelddarlehen, welches ein filiusfamilias contrahirt hat, eine exceptio perpetua entgegensteht, die aber die obligatio nicht aufhebt, sondern nur die Klage sowohl gegen Vater als Sohn für alle Zeit vernichtet, und so perpetua im Gegensatze des temporalis oder dilatoria heißt. Die Juristen sagen, die exceptio Scti Macedoniani sey nicht ejus causa, cum quo agitur gegeben, (non quia exonerare eum lex voluit) sondern in odium ejus, cui debetur[72]), und darin findet sich die Rechtfertigung der milderen Reprobation. Es ist daher auch kein Zweifel, daß nur die actio petitioque verhindert werden sollte, im übrigen aber die obligatio erhalten ist; und insoferne gebraucht man hier wieder den Ausdruck des Fortbestehens der obligatio naturalis. Wie wenig aber damit dieselben Rechtsfolgen ausgedrückt werden wie an andern Orten, wird sich vielleicht am besten jetzt in der Entwickelung des Einzelnen im Gegensatze zu dem erst im vorigen §. dargestellten zeigen. Was nämlich

I. die Repetition betrifft, so steht der Zulässigkeit derselben, wenn ex errore gezahlt ist, der bestimmte Gedanke gegenüber, daß ja ein wahres debitum bezahlt ist. Nur der Vater, wenn der Sohn hinter dessen Rücken gezahlt hat, kann die noch existirenden nummi vindiciren, die consumirten condiciren, aber aus einem von unserer Lehre ganz unabhängigen Grunde. Der Sohn nämlich kann für sich nichts

71) Arg. L. 9. §. 3. D. 14., 6.
72) L. 40. pr. D. 12. 6. L. 9. §. 4. D. 14. 6.

veräußern, und derjenige, der das vom Sohne veräußerte Geld hat, ist nicht Eigenthümer, und hat etwas sine causa.[73]) Hat aber der Vater selbst gezahlt, so kann er nichts zurückfordern. Wenn der Sohn gezahlt hätte, sofort aber als Erbe des Vaters aus dessen eben angeführtem Rechte vindiciren oder condiciren wollte, so würde dies nicht stattfinden.[74]) Wenn wir nun

II. auf die Compensation hinsehen, so kann derselben bei der obligatio filii ex mutuo nichts im Wege stehen, da ja nur die actio petitioque untersagt ist, und daher nicht der Satz der L. 14. D. 16. 2.

Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt,

als vielmehr der Satz der L. 6. D. eod.

Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem

in Anwendung kömmt: zumal der Satz der L. 14. seine Beschränkung in unserm Falle speciell durch die Erklärung in der L. 40. D. 12. 6. erhält. In Beziehung

III. auf das Constitutum und auf die Novatio ist gewiß, daß diese von Seite des filius während der väterlichen Gewalt ganz ohne Wirkung waren. Mit der Freiwerdung von der väterlichen Gewalt aber kann der filius durch Constitutum und Novation die alte Schuld vollgültig machen, nur soll, wenn aus einer ignorantia facti vom filius gehandelt worden ist, die

---

73) L. 9. §. 1. D. 14. 6. die L. 14. D. 12. 1. steht freilich entgegen, denn hier ist die condictio bei der Consumtio nummorum verworfen, weil man überhaupt nur condiciren könne, wenn das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen sey, was hier nicht der Fall sey. Aber der Jurist hat hier vergessen, daß durch die Consumtion bei den nummis das Eigenthum übergeht. Einige meinen, es sey in der letzten Stelle von der condictio ex mutuo, in der ersten von der sine causa die Rede, und erklären so den Widerspruch: allein wie kann der Vater gegen den Darlehensgeber, der das Seinige rückempfangen hat, die condictio mutui haben? Es gibt hier ja keine actio contraria.

74) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

Digitized by Google

exceptio in factum ihm bleiben.[75]) Viele nehmen hier sogar ein stillschweigendes Constitutum für den Fall an, wo der filius paterfamilias factus einen Theil der Schuld bezahlt hat, weil die L. 7. §. 16. D. 14. 9. für diesen Fall sagt: cessabit Senatus Consultum.[76])

IV. Den Bürgen bei einer Darlehensforderung gegen einen filius familias steht die exceptio ebenso zu Gebot, wie dem Hauptschuldner. Der Punkt ist klar entschieden im

L. 9. §. 3. D. 14. 6.

Non solum filiofamilias et patri ejus succurritur verum fidejussori quoque et mandatori ejus; qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt, tunc enim, cum nullum regressum habeant, Senatus Consultum locum non habebit. Sed si non donandi animo, patris tamen voluntate, intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

In dem darauf folgenden §. heißt es dann weiter, daß auch die Intercedenten bei einer solchen Schuld nicht besser daran seyn sollten, als die Hauptschuldner selbst: daß sie folglich das Bezahlte nicht sollten zurückfordern können. In der L. 7. pr. D. h. t. heißt es, wenn in fraudem SCti der dritte sich als Hauptschuldner, und der filius als Intercedent sich aufgestellt habe, so finde gleichwohl für beide die exceptio statt, und dieses wieder aus dem sehr natürlichen Grunde, weil die exceptio ob poenam creditorum eingeführt ist.[77]) Auch wenn der creditirende filius familias

---

75) L. 2. Cod 4. 28. L. 20. D. 14. 9.

76) Darüber Franke in seinen Abhandlungen S. 128. Auf jeden Fall aber kann man sagen, wenn der filius paterfamilias geworden einen Bürgen stellt, cessabit SC.

77) Anders verhält sich die Sache bei dem SC. de intercessionibus, wo der dolus den Frauen schadet, weil die Einrede lediglich zu ihren Gunsten gegeben, und der Begünstigte sich durch dolus der Gunst unwerth macht. Es ist übrigens erklärlich, daß, wenn der Darleiher auf eine excusable Weise den filius für

Digitized by Google

gestorben ist, und der Vater erst nach dessen Tode für die Schuld des Sohnes einen Intercedenten bestellte, würde der Gläubiger sich an diesen nicht halten können.[78]) Hieraus geht auch besonders hervor, daß die exceptio ex SCo. Maced. eine exceptio rei vel causae und nicht personae ist, es ist aber auch wörtlich ausgesprochen in L. 7. D. 44. 1. Schon Weber[79]) hat ausgeführt, daß dieselben Grundsätze in den modernen Fällen der Creditgesetze eintreten müßten, weil sie in Beziehung auf den Intercedenten auf dem Principe ruhen, cum nullum regressum habent. Auch gehen diese Creditgesetze offenbar wie das SC. Macedonianum von dem Standpunkte aus, in odium creditorum die Klage nicht zuzulassen, um dem wucherlichen Geiste einen Damm zu bilden. Sonach bleibt uns

V. das zum Theil bestrittene Verhältniß mit dem Pfandrechte noch übrig. Man muß indeß hier gleich folgende Fälle in Beziehung auf die Wirkung des SCti Macedoniani unterscheiden, und gelegentlich von der eigenthümlichen Anwendung auf die Creditgesetze sprechen:

1) wenn der filius für die obligatio ex mutua pecunia ein Pfand bestellt,

2) wenn der Vater ein solches bestellt,

3) wenn ein dritter ein solches bestellt.

Ad 1. ist weiter Rücksicht zu nehmen auf die Eigenthümlichkeiten des Vermögens und der Rechte des filius darüber:

a. nach dem Pandectenrechte hatte der filius nichts als peculium concessum und peculium castrense. Am peculium concessum konnte er kein Pfandrecht geben[80]); auf das castren-

einen pater hält, die exceptio auf ihn nicht anwendbar ist, nicht aber des dolus, sondern schon des error wegen. L. 3. pr. L. 19. D. h. t. L. 1. Cod. eod.

78) L. 11. D. 46. 1.

79) §. 114.

80) Es war ja eine res patris und über diese kann der Sohn nicht verfügen L. 7. §. 2. D. 14. 6. selbst wenn der Vater dem filius die freie Administration ließ: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit. L. 3. §. 2. D. eod.

Digitized by Google

fische Vermögen überhaupt aber war das SC. nicht anwendbar, und die Verpfändung desselben im allgemeinen sowohl, wie in Beziehung auf die vorliegende causa debendi unbedenklich: denn der filius wurde hier wie ein paterfamilias angesehen.[81])

b. Nach dem Codexrechte ist zu unterscheiden außer den eben berührten zwei Arten des peculii das pec. adventitium ordinarium und extraordinarium. In Hinsicht auf das erstere hat der Sohn, auch wenn jenes nach der neuen Idee Hugo's nicht eigentliches peculium wäre, keine freie Verwaltung, sondern einestheils ist er beschränkt durch die Rechte des Vaters als Vater, das anderemal, solange er minor ist, durch die Rechte des Curators. Das pec. advent. extraordinarium ist allerdings ein freies Vermögen des filius, und wenn dieser nicht als minor das Rechtsgeschäft der Verpfändung anfechten kann, so wird sich fragen, ob sich überhaupt die Wirksamkeit des SC. hieher ausdehne, und sofort, ob die exceptio auch zu Gunsten des vom filius an solchen Vermögen eingeräumten Pfandrechts zuzulassen sey. Wir dürfen wohl annehmen, daß hier die Analogie zum castrense entscheide, obgleich viele nicht zulassen wollen, daß der filius in Beziehung auf dies peculium für einen paterfamilius angesehen werde.[82]) Allein wollen wir hier nicht in einen Wortstreit fallen, so muß nach nov. 117. c. 1. §. 1. zugegeben werden, daß der filius aetate major wenigstens inter vivos vollkommen über sein peculium adventitium verfügen könne, und so halten wir für ausgemacht, daß das SC. hieher nicht anzuwenden sey. Anders aber ist es, wenn der filius minor ist, wo es eben so gehalten werden muß, wie bei dem advent. ordinarium.[83]) Fällt also nach unserer Annahme des SC. für das ganze extraordinarium weg, so hat es auch keine Bedeutung für das bestellte Pfandrecht: aber im umgekehrten Falle wird man fragen müssen,

81) L. 1. i. f. L. 2. D. 14. 6.

82) Lauterbach coll. Lib. 14. tit. 6. §. 10.

83) Wenigstens, und wenn man nichts Eigenes in der nov. 117. finden will, hat er das Restitutionsbeneficium.

Digitized by Google

ob die exceptio auf das Pfandrecht auszudehnen sey. Wir verfolgen diese Frage nicht nur ihres Interesses für den vorliegenden Fall wegen, sondern auch wegen ihrer Anwendung auf die Fälle der sogenannten Creditgesetze.

Wir zweifeln nun mit Weber nicht[84]), daß die exceptio hier auch auf das Pfandrecht auszudehnen sey. Vorausgesetzt nämlich, daß der vollen Gültigkeit der Verpfändung sonst nichts im Wege steht, was in den meisten Fällen anders seyn wird, müssen wir hier die Analogie zur Bürgschaft annehmen. Soll sogar ein dritter wegen des vitii der Principalobligation gesichert seyn, wieviel mehr der Principalobligatus selbst, der gleichsam nur um einen Ton höher seinem wuchernden Gläubiger zu gefallen singt. Ich will außerdem die Weber'schen Gründe nicht wiederholen, die auch in Seufert's Erörterungen II. S. 88. gefunden werden, sondern nur die Gründe Franke's widerlegen. Es sind deren zwei:

a. zur vollen Gültigkeit des Pfandrechts gehöre nichts als das Dasein einer obligatio naturalis,

b. wie conservativ das Pfandrecht für Forderungen sey, die in sich selbst nicht fest begründet sind, beweise die L. 59. D. 36. 1.

Wir antworten

ad a. daß dieser Satz als Regel gelten mag, aber nicht ohne Ausnahmen ist, beweist der oben vorgekommene Fall von der obligatio des per injuriam Absolvirten. Man sieht leicht auch aus den so verschiedenen Wirkungen, welche die obligatio naturalis hat, daß man nicht ohne ganz speciell bestimmte Gründe von einzelnen Fällen auf andere hinüberschließen darf, und am wenigsten kann man auf eine so räthselhafte Stelle bauen, wie jene des Codex ist: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.[85]) Der Regel unsers Gegners können wir gewiß unsere Regel ent-

84) S. 466. 467.

85) L. 2. cod. 8. 31.

gegensetzen, daß die exceptiones rei cohaerentes auch den accessorischen Obligationen zu guten kommen.

ad b. Die L. 59. D. 36. 1. ist am allerwenigsten geeignet, unsre Frage zu entscheiden, ihr Entscheidungsgrund ist, das Pfandrecht dauere fort, weil das vorliegende Verhältniß nicht als Solution der Hauptschuld angesehen werden könne, wenn auch nach der strengen Rechtsform die Confusio vorgegangen sey. Wo ist hier eine Analogie zu unserm Falle, wo das Gesetz dem Gläubiger in jeder Gestalt und Richtung den Weg der Klage abschneiden will. Wie unnatürlich ist es, aus Rücksichten gegen den wuchernden Gläubiger diesem die Hauptklage zu nehmen, und die Pfandklage zu gestatten, wo also, wie Weber richtig sagt, durch die dem Schuldscheine beigefügte Clausula der Verpfändung des ganzen Vermögens der Zweck des Gesetzes ganz leicht könnte vereitelt werden!

Bei dieser Gelegenheit wollen wir nur noch anführen, daß Manche behaupten, die Ungültigkeit oder Beschränkung einer obligatio habe nur dann Einfluß auf das Pfandrecht, wenn die Gründe der Ungültigkeit oder Beschränkung schon zur Zeit der Errichtung des Pfandrechts vorhanden gewesen wären[86]), was allerdings für unsere Ansicht passend ist: allein wenn man umgekehrt so schließen wollte, daß das Pfandrecht gültig sey, wenn der Gläubiger nachher erst die Klage verliert, so ist dies nicht unbedingt richtig, denn mag es auch in Beziehung auf den Verlust der Klage durch Verjährung wahr seyn, so ist dies nicht so in Beziehung auf den Verlust der Hauptklage durch Urtheil und Eid.

Um nun zurückzukehren auf das Verhältniß des ein Geld-darlehen aufnehmenden filius, so ist gewiß, daß, wenn er paterfamilias geworden für seine Schuld ein Pfand eingesetzt hat, die Forderung auf das Pfand, und folglich soweit das Pfand reicht, geltend gemacht werden kann.[87]) Wir können hier zwar nicht annehmen, daß darin ein constitutum liege,

86) Thibauts Pandecten §. 636.
87) L. 9. pr. D. 14. 6.

obgleich die römischen Juristen hier liberal waren, und wir sogar oben bei der Bestellung des Bürgen, die der filius, paterfamilius geworden, vornimmt, dieses zugelassen haben; weil wir bei einem stillschweigenden Verhältnisse nicht weiter schließen dürfen, als wir durch das Verhältniß unmittelbar geführt werden; und so ist hier blos die Zulässigkeit der hypothekarischen Klage und nichts weiter concludent genug gerechtfertigt.

ad 2. Wenn der Vater für die Gelddarlehensschuld seines Sohnes ein Pfandrecht bestellt, so ist kein Zweifel, daß der Vater dadurch pfandrechtlich gebunden sey. Ob er weiter gebunden ist, und ob nicht des Gegentheils wegen die Analogie der L. 9. pr. D. 14. 6. anzuwenden; ob endlich sogar in dem hier vorfindlichen Anerkenntnisse die Gültigkeit der obligatio selbst für den Sohn liege, ist bestritten, aber von den Schriftstellern wenig ausgeführt. Wir glauben, daß der Vater durch die Bestellung eines Pfandrechts für die Gelddarlehensobligation seines Sohnes auf das Ganze und nicht blos soweit, als die Pfandsache reicht, gebunden sey, wenn er nicht durch eine ausdrückliche Erklärung sich vorgesehen hat. Denn

a. das SC. fällt ja schon weg, wenn der Vater nur Vorwissen von der Geldaufnahme hatte, indem er hier ausdrücklich widersprechen muß, um nicht als stillschweigend einwilligend angesehen zu werden. L. 12. pr. D. 14. 9. Si tantum sciente patre, creditum sit filio, dicendum est, cessare Senatus-Consultum.

b. Außerdem haben wir hinsichtlich der Nothwendigkeit des Vorbehalts eine zwar nicht directe aber doch durch Analogie gut beweisende Stelle:

L. 16. D. eod.

Si filius familias, absente patre quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset, et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret: debet pater, si actum improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

Digitized by Google

c) Endlich ist erst durch eine Constitution Justinian's bestimmt, daß jede Art der Ratihabition des Vaters so angenommen werden solle, als habe der Vater ursprünglich seine Einwilligung gegeben, und demnach ist doch wohl zu folgern, daß das vom Vater später bestellte Pfandrecht wie ursprünglich bestellt zu betrachten sey, woraus dann weiter folgt, daß die Analogie der L. 9. pr. D. 14. 6. verworfen werden muß. Die Justinianische Constitution ist die L. 7. cod. 4. 28. Aber durch eine solche Ratihabition des Vaters wird auch der Sohn selbst verbindlich, oder richtiger wird das SC. auch in Beziehung auf den filius ausgeschlossen, weil das Vorwissen des Vaters als hinreichend angesehen wird, jeden Unfug von Seite des Wucherers zu ersticken, und weil, wenn auch die älteren römischen Juristen darüber streiten konnten, ob die nachfolgende Erklärung des Vaters dieselbe Wirkung habe, wie die ursprüngliche Einwirkung, dieses nunmehr von Justinian entschieden ist [88]).

ad 3. Wenn im Allgemeinen ein Dritter ein Pfandrecht für eines Andern Schuld bestellt, so ist er wie ein Intercedent, jedoch mit der Beschränkung anzusehen, daß er nur mit der Pfandsache haftet, und als natürliches beneficium juris das Recht hat, zur Erhaltung seiner Pfandsache die Schuld zu bezahlen. Da ein solcher auf keinen Fall härtere Verbindlichkeiten haben kann, als ein Bürge, so kommt ihm sehr natürlich in Beziehung auf das SC. Macedonianum Alles zu guten, was oben vom Bürgen angegeben ist. Es ist auch in der L. 9. §. 3. D. 14. 6. nicht blos vom fidejussor die Rede, sondern auch vom mandator, und überdies der Grund aufgestellt, quia mandati habent regressum, woraus man wohl erkennt, daß das Rechtsverhältniß auf alle Intercedenten geht, nisi forte *donandi animo* intercesserunt, Worte des Gesetzes selbst. Es ist uns auch nicht bekannt, daß über diesen Punkt irgend ein gegründeter Zweifel erhoben worden wäre.

88) Die oben citirte l. ult. cod. 4. 28.

Digitized by Google

Welche Wirkung hat die Verjährung der Klagen?

§. 1.

Noch sind über diese Frage die in unsern Tagen von vielen Seiten unterhaltenen Verhandlungen nicht geschlossen. Ohne von den Aelteren zu reden, die meistens nur nebenbei und mit Gelegenheitsinteresse über diesen Punkt sich erklärt haben, will ich bemerken, daß unter den Neueren auf der einen Seite stehen

Weber, im Buche von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 92.

Glück, in der Erläuterung der Pandecten, XIII. Bd. S. 100. 380.

Franke, in seinen Abhandlungen, Nr. 2.

Guyet, im civilistischen Archiv, XI. Bd. Nr. 5.

auf der andern Seite aber

v. Löhr, in demselben Archiv, X. B. Seite 70 ff.

Heimbach, in Linde's und Marezoll's Zeitschrift, I. Bd. 3. Heft.

Vermehren, in derselben Zeitschrift, 2. Bd. 2. und 3. Heft.

Mehr der erstern Meinung schließt sich an:

Unterholzner, in seiner Verjährungslehre, 2. Bd. S. 309—315.

Die Vergleichung dieser sämmtlichen Schriften hat den Verfasser längst angereizt, noch etwas in dieser Sache zuzusetzen. Die eben vorstehende Abhandlung über natürliche Verbindlichkeiten hat sein Vorhaben zur Ausführung gebracht.

§. 2.

Man muß nach unserer Meinung mit Heimbach von dem Gedanken ausgehen, daß die Worte der einschlagenden Constitutionen schwerlich entscheidend seyn können, weil der

Digitized by Google

Bombast derselben alle Bestimmtheit erstickt, und man diese im besten Falle nur dann annehmen dürfte, wenn man auf irgend eine Weise überzeugt werden könnte, daß die Kaiser an unsere Streitfrage bei den Worten ihrer Constitutionen überhaupt gedacht haben.

Andererseits muß man sich bei solchen rein positiven Rechtsinstituten wohl hüten, mit allgemeinen besonders politischen Betrachtungen den Knoten zerhauen zu wollen, wie dies z. B. Sommer in seinen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen (S. 7) gethan hat, welcher von der Ansicht ausgeht, wenn es einmal für gut erkannt werde, Rechtshändeln ein Ende zu machen, so müsse dies gleich so geschehen, daß von dem Rechtsverhältnisse selbst unter den Partheien nicht mehr die Rede seyn könne im Geiste jenes traurigen Sprichworts: die Todten kommen nicht wieder. Aus diesem Grunde will er das ganze Rechtsverhältniß durch den Ablauf der Zeit tödten; aber es ist eine solche Methode bei der Behandlung des römischen Rechts nur denen eigen, welche lieber überreden als überzeugen wollen.

§. 3.

Um vorerst die Fälle zu übersehen, wo außer der erwerbenden Verjährung von dem Ablaufe der Zeit etwas abhängt, müssen wir unterscheiden:

a) das „tempore liberari", wo die Obligation wirklich und unbestritten ganz untergeht, entweder weil es die gesetzliche Natur der Obligation, wie bei dem alten sponsor und fidepromissor durch die lex furia [1]), oder weil es die besondere Verabredung, die lex contractus, mit sich bringt. Hier sind die Ausdrücke finiri obligationem tempore — tempore transacto liberari an ihrer Stelle;

b) das „tempore liberari bei den actiones temporales überhaupt. Um die Natur dieser in der Entwickelungsgeschichte des ganzen römischen Rechts begründeten actiones für unsern Zweck gehörig einzusehen, muß man diejenigen unterscheiden,

1) Gajus III. §. 121.

Digitized by Google

die aus der bloßen Aequität der Edicte kamen und keine tiefere natürliche Grundlage hatten, wie z. B. die Restitutionsklagen von denjenigen, wo die naturalis obligatio unbezweifelt ist, und der Prätor nur den Klageffect durch eine actio temporalis supplirte, wie bei fast allen prätorischen Pönalklagen. Bei den Klagen der ersteren Art ist nicht zu läugnen, daß mit der Klage der ganze Anspruch verloren war; bei den Klagen der andern Art aber ist gewiß, daß das allgemeine Princip galt — die naturalis obligatio sey nicht als in judicium transferirt anzusehen [2]); sie hört also um so weniger auf, wenn der Anspruch überhaupt nicht einmal in judicium transferirt wird. Daher statuirten die römischen Juristen bei diesen Pönalklagen, daß eine Rückforderung nicht stattfinde.

L. 42. D. 12. 6.

Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Und daher kann man nicht mit Franke [3]) im Allgemeinen sagen, daß die temporalis actio der obligatio temporalis durchaus entgegenzusetzen sey, weil die erste nicht eo ipso auch eine Vernichtung des ihr zu Grunde liegenden Rechts enthalte; aber man kann noch weniger sagen, daß die actio temporalis des älteren römischen Rechts immer das ihr zum Fundament dienende Recht vernichtet habe. Unsere Unterscheidung ist daher sehr wichtig.

c) Das „litem tempore amittere", wobei wir wieder drei verschiedene Standpunkte unterscheiden müssen:

1) den Prozeß der legitima judicia und der judicia imperio continentia, wo im ersten Falle nach der lex julia judiciaria die Sache in 1½ Jahr ausgehen mußte, im andern Falle aber der Proceß beim judex eo ipso stillstand, wenn das Amtsjahr des magistratus, der die formula gegeben hatte, herum war. Davon spricht Gajus IV. §. 104. 105. umständlich, und viele Spuren davon kommen noch in den

2) L. 50. §. 2, D. de peculio.

3) Seite 78.

Digitized by Google

Pandecten vor. Erläutert hat die Sache Keller von der Litis-Contestation, Seite 131 ff. Die Lehre war sehr natürlich schon lange vor Justinian nicht mehr practisch.

2) Unter den Imperatoren wurden verschiedene Verfügungen erlassen über die Dauer der Prozesse, wobei man leicht erkennen kann, daß man einer Prozeßverjährung aus älterer Zeit gewöhnt war, aber mehr an die schnellere Beendigung einzelner causae [4]), und an den Umstand dachte, daß die einmalige Unterbrechung der Klagenverjährung den liegen bleibenden Prozeß nicht in die Ewigkeit perpetuiren solle [5]), als an allgemeine Bestimmungen im Geiste der lex julia, bis endlich Justinian in der bekannten L. 13. Cod. 3. 1. den Satz geltend machte, daß die Prozesse in drei Jahren in der ersten Instanz zu Ende gebracht werden sollten. Daß diese Verordnung in der deutschen Praxis nicht gehalten wird, haben viele Schriftsteller bezeugt, und besonders ist die reichskammergerichtliche Praxis hier mitgutem (?) Beispiel vorangegangen [6]).

3) Nachdem unter den Imperatoren der Gedanke Wurzel geschlagen hatte, daß alle Klagen, die noch nicht temporales seien, in der Regel nach 30 Jahren von der Zeit der actio nata an nicht mehr angestellt werden sollten, kam zugleich der Gedanke, daß, wenn auch lis pendens geworden wäre, die Perpetuität nicht eintreten, sondern die Verjährung von der Zeit des letzten gerichtlichen actus wieder von neuem anfangen solle [7]). Justinian verlängerte den Zeitraum bei der Verjährung nach bereits angestellter Klage um 10 Jahre, also auf 40 Jahre: und es ist kein Zweifel, daß diese Verjährung noch gültiges Recht ist, und selbst beim Reichs-

4) Linde, in seiner Zeitschrift II. Bd. 1. Heft, S. 157 ff.

5) Linde a. a. O.

6) Linde, II. Bd. 2. Heft, S. 196.

7) L. unica Cod. Theod. de actionibus certo tempore finiendis (L. 3. cod. just 7. 39.).

Digitized by Google

kammergerichte hat man später hierüber nicht gezweifelt [8]). Daß man auch in diesem dritten Falle sagen kann, der Prozeß sey durch die Zeit verloren, ist gewiß, ebenso aber auch ist gewiß, daß diese Verjährung, welche die Neueren oft die Verjährung der Litispendenz genannt haben, sehr genau zusammenhängt mit der Theodosischen allgemeinen Klagverjährung, von der nun speciell zu handeln ist, denn

d) von einer Befreiung durch die Zeit wurde in einer höchst ausgedehnten Beziehung dadurch die Rede, daß durch eine Verordnung vom Jahre 424. alle Klagen, die noch nicht temporales seyen, und nicht durch eine praescriptio aus der erwerbenden Verjährung zurückgewiesen würden, in 30 Jahren untergehen sollten, wenige Ausnahmen, über welche später näher verfügt wurde, abgerechnet. Was nun diese Verjährung für eine Wirkung habe, ist vielleicht jetzt, nach Angabe dieser mehrfachen materiellen Beziehungen und Wortbedeutungen, leichter zu entscheiden.

§. 4.

Daß in zweifelhaften Punkten der Constitutionenjurisprudenz das Licht der Grundsätze fortwährend leuchten müsse, welches von den römischen großen Juristen ausging, wird man gern gelten lassen, so wie wir anerkennen, daß man dadurch die unzweideutigen Constitutionenansichten nicht chicaniren dürfe. Bei dieser Lage der Dinge ist wichtig, daß

a) nach den alten Grundsätzen der Klagenverjährung, wie in dem vorigen §. sub b. dargethan ist, die obligatio als naturalis fortbestand, wenn die Klage selbst als temporalis untergegangen war, vorausgesetzt nur, daß der Anspruch nicht ganz allein in der actio seine Bedeutung hatte;

b) daß nicht weniger nach den alten Grundsätzen der Prozeßverjährung, welche im vorigen §. sub c. 1. angeführt ist, das debitum naturale blieb, wie unzweideutig und bestimmt schon aus der L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. hervorgeht,

8) Linde a. a. O. nach dem beigebrachten Zeugnisse aus kammergerichtlichen Relationen.

Digitized by Google

und nunmehr durch die verdienstlichen Ausführungen von Franke [9]) und von Keller [10]) genugsam dargethan ist.

Diese bestimmten, positiven Anhaltpunkte lassen auch keine philosophischen Reflexionen über den Zweck und Umfang der Klagen- und Prozeßverjährung zu, indem sie fest annehmen, daß der naturale Bestandtheil des Anspruches durch Zeitablauf vor und nach dem Anfang des Prozesses nicht verloren gehen soll, sehr getreu der ganz allgemeinen Idee:

civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique [11]);

sowie der ziemlich entsprechenden allgemeinen Ansicht, daß der naturale Bestandtheil gar nicht in litem transferirt, und also weder durch lis consumirt, noch weniger durch Versagung des Prozesses zerstört werde [12]).

§. 5.

Vorerst ist jetzt der Blick auf die einschlagenden Constitutionen zu werfen. Es sind im Ganzen folgende:

1) im Cod. Theodos. Lib. IV. tit. 14. (de actionibus certo tempore finiendis) die const. unica (man sehe auch Wenck cod. theod. libri V. priores pag. 251.);

2) die Nov. Valentiniani 8 und 12. (Cod. Theod. ed. Gothofr. Ritter tom. VI. in append. pag. 118. 127.);

3) im Cod. Justin. die const. 3. [13]) 4. (Anastasius) 7. (Justinus) 8. 9. (Justinianus). VIII. 39.

Unter diesen Constitutionen ist wohl die erste, die Theodosianische die wichtigste. Sie knüpft in sofern an das frühere Recht an, als durch die longi temporis praescriptio die actiones in rem speciales verloren werden konnten. Allein es ist bekannt, daß hier eine wahre Eigenthumserwerbung im neuesten römischen Rechte angenommen wird, und somit der

9) a. a. O. S. 76.
10) a. a. O. S. 159.
11) §. 3. J. 1. 15. und a. a. O.
12) L. 50. §. 2. D. de peculio.
13) Diese ist der Auszug aus Nr. 1. oben.

Digitized by Google

Verlust der actio hier eine Folge des Verlusts des Rechts selbst ist. Nun bestimmt der Kaiser, daß alle andere actiones, nämlich die de universitate und die personales nach 30 Jahren nicht mehr sollen angestellt werden können. Eine Forderung (so ist hier das Wort jus unbezweifelt zu nehmen) soll, wenn sie eingeklagt wird, vom Gerichte (agenti) durch die praescriptio 30. annorum zurückgewiesen werden. Wäre die Klage aber nach der Litis-Contestation liegen geblieben, so soll, wenn von der Zeit des Liegenbleibens 30 (später 40) Jahre verflossen sind, die Vergessenheit und ewiges Stillschweigen eintreten. Dies heißt übrigens hier offenbar nichts anders, als die Litis-Contestation soll die Klage nicht perpetuiren oder der Prozeß soll nach dieser Zeit nicht mehr fortgesetzt werden können. Es ist überall von der Vergessenheit und vom Stillschweigen in Beziehung auf die Klage die Rede. Es hätte nach dem bestehenden Rechte doch deutlich erklärt werden müssen, daß auch der naturale Bestandtheil des klagbaren Rechts, welcher gar nicht in judicium transferirt wird, untergehen solle. Auf jeden Fall kann keine Bestimmtheit über unsere Streitfrage in dieser Constitution gefunden werden, und sie ist auch in der That vor Löhr nicht darin gefunden worden.

Was die Valentinianische Novelle betrifft, so ist diese hinsichtlich des kurzen und bloß höchst gelegentlich eingewobenen Satzes:

> Post XXX. annos *nulla penitus jurgia*, quae medio tempore mota non fuerant, *excitari*,

durchaus uns nicht zuwider, denn es heißt ja dieses nicht anders, als es soll' kein Prozeß mehr darüber stattfinden.

Sofort auf die Anastasianische Verordnung übergehend (L. 4. Cod. Just. 7. 39.), könnte man eher geneigt seyn, Scrupel zu finden, weil hier von einem sopiri contractum, von einem extinqui jus die Rede ist; allein einerseits ist wohl zu erwägen, daß diese Constitution keine neue Rechts-

Digitized by Google

wirkung in der Klagenverjährung gelten machen sollte, anderntheils will der Kaiser doch offenbar, wenn er sich so erklärt:

> si quis contractus, si qua actio XL. annorum curriculis proculdubio sopiatur,

nur ausdrücken, daß von persönlichen Klagen hier die Rede ist, und auf jeden Fall sieht man bald, daß bloß der äußere Umfang der Klagenverjährung hinsichtlich der Fälle, die früher ausgenommen waren, erweitert werden sollte, nicht aber die innere Wirksamkeit der Klagenverjährung verstärkt wurde, weil dies nur durch den Gegensatz hätte geschehen können, daß nicht nur die Klage, sondern auch jede Bedeutung des debiti vernichtet sey. Wenn von dem jus extinqui die Rede ist, so kann ja auch, sofern der Gegensatz die Sache nicht klar macht, nur auf ein Aufhören des Klagerechts die Richtung der Worte gehen.

Dabei sieht man gerade aus der berühmten Constitution von Justinus über die Verjährung der Pfandklage, daß überall auf die praescriptio der Klagen die Meinung gerichtet war, wenn vom Aufhören der aus Contracten und Stipulationen mittelbar entstandenen Pfandrechte gesprochen wurde [14]).

Vor allem aber wird unsere Meinung durch die Constitutionen selbst gewissermaßen bekräftigt, wenn Justinian in der L. 8. §. 1. Cod. h. t. sagt, daß, wenn Jemand den Besitz einer Sache, welche er mala fide erworben, aber 30 ganze Jahre fortgesetzt habe, verliere, der alte Eigenthümer wieder zugreifen könne, woraus man klar sieht, daß durch die praescriptio longissimi temporis, wenn nicht zugleich eine neue Eigenthumserwerbung darin liegt, das dingliche Recht nicht verloren geht: warum sollte nun aber das Forderungsrecht verloren werden, und gibt es irgend einen Grund, eine solche Verschiedenheit in den beiden Arten der Vermögensrechte anzunehmen?

Endlich in der L. ult. Cod. h. t. verfügt bekanntlich Justinian

14) L. 7. §. 4. Cod. 7. 39.

nur darin etwas Neues, daß er für die Verjährungszeit der sogenannten Litispendenz statt 30 Jahre deren 40 ordnet, und wenn er daher von einem jure suo labi spricht, so ist dieses sehr natürlich nicht absolut zu nehmen, sondern relativ, d. h. in Beziehung auf das specielle prozessualische Rechtsverhältniß, welches in dem vorliegenden Falle verloren werden soll.

Jedenfalls geht aus dieser kurzen Erklärung aller einschlagenden Constitutionen soviel für das unbefangene Auge hervor, daß man nicht mit Verläßigkeit sagen kann, die Controverse sey hinsichtlich der praescriptio longissimi temporis durch den bestimmten Sinn und die unzweideutigen Worte der Constitutionenjurisprudenz entschieden, wie doch Manche anzunehmen bis hierher leicht versucht wurden. Selbst unsre oben allegirten Gegner fühlten wohl, daß man auf solche Worte nichts Solides bauen könne, und daher haben sie sich alle auf allgemeinere Grundsätze der Wissenschaft und auf Zeugnisse der Pandectenjuristen zurückgezogen, von welchen nunmehr die Rede seyn muß.

§. 6.

Immer ist es schwerer, aus den Aeußerungen der Imperatoren auf ein Princip zu kommen, als aus den Darstellungen der Juristen, bei dem sehr natürlichen Grunde, daß letztere sich ihres Grundsatzes immer bewußt waren, die ersteren mehr im Blinden tappten, weil ihre Willkühr zur Rechtfertigung genug war. Aber man kann auch leichter in den Sinn der Juristen hinein räsonniren, als über die mens und sententia der Kaiser sprechen, weil, wenn Jemand letzteren ihre vagen Worte vorgehalten hätte, sie wahrscheinlich in sich gegangen wären, und weil alle Verordnungsjurisprudenz nicht geeignet ist, vom Höhepunkt der juristischen Beschauung auszugehen. Auch ist nicht zu übersehen, daß, so gern die Kaiser das Recht änderten, sie es nie thaten, ohne die Aenderung ausdrücklich anzudeuten, und fehlt diese Andeutung, so muß man im Zweifel, schon damit der Mißverstand nicht herrsche, annehmen, es sey Nichts geändert.

Digitized by Google

Was nun aber die Pandectenjurisprudenz und die Argumente unserer Gegner daraus betrifft, so stellt die Sache

I.

von Löhr

auf zwei Punkte, a) daß nach allgemeinen Grundsätzen jede obligatio nulla sey, welcher eine exceptio perpetua im Wege stehe; b) daß der Zweck der Verjährung eine gänzliche Erstickung des Rechts erfordere. Allein

ad a) unsere Ausführung in der ersten Abhandlung dieses Heftes hat zur Genüge bewiesen, wie die Römer überall hinsichtlich der Wirkung einer exceptio perpetua ihre Eigenthümlichkeiten und Restrictionen hatten, und daß wir daher zugeben, wie in vielen Fällen durch die exceptio das ganze Recht vernichtet wurde, daß dagegen in andern Fällen dieses der Fall nicht war. v. Löhr erkennt dieses auch in Beziehung auf das SC. Macedonianum an, glaubt jedoch, daß unser Fall zu dem Principe des SC. keine Analogie darbiete, denn die Klagenverjährung sey nicht in odium des Gläubigers, sondern in favorem des Beklagten eingeführt. Wer wird dieses beweisen? An beides haben die Kaiser gedacht, den Beklagten zu begünstigen, den Gläubiger nicht zu schonen, weil er es als negligens und deses nicht verdiene, und auch wohl noch an ein drittes, alte Prozesse wegen des Odiosen, welches jeder alte Streit mit sich führt, zu ersticken. Das Argument aus der regelmäßigen Wirkung der Exceptionen ist um so unsicherer, als von dem juristischen Gedankengange einer Zeit die Rede ist, wo man nicht mehr so fest an dem Verhältnisse der Exceptionen zu den Actionen und Rechten, so wenig in den Formen des Prozesses, als in den materiellen Rechtsfolgen hielt. Was aber

ad b) das Argument vom Zwecke der Klagenverjährung betrifft, so ist die Sache nicht sehr viel anders, wie bei der bekannten Frage über den Zweck und Rechtsgrund der Strafe. Die Gelehrten streiten sich darüber, aber die Sache ist da, und ihre Nothwendigkeit wird so ziemlich eingesehen.

Digitized by Google

Nehmen wir aber nun einmal an, der Zweck der Klagenverjährung sey, daß über eine so alte Sache nicht mehr im Gerichte verhandelt werde, so können wir zugeben, daß der Anspruch weder als conventio, noch als reconventio, noch selbst als exceptio in denjenigen Fällen vorgebracht werden kann, wo der, welcher den Anspruch hat, ihn nur unter der Bedingung hat, daß er ihn in einer bestimmten Zeit verfolge, und er auch klagend deßhalb hätte auftreten können, wie bei den meisten Restitutionsansprüchen. Nicht dawider ist auch die L. 5. §. 6. D. 44. 4., einestheils, weil der Grund auf einen Fall geht, wo der Berechtigte die Klage abwarten muß, und also selbstklagend nicht auftreten kann, anderntheils, weil die exceptio doli als allgemeine Einrede aus dem Recht der Entschädigung an die Zeit der actio doli als prätorischen Klage nicht gebunden ist [15]). Aber es versteht sich, daß, wenn die Einrede nichts anders enthält, als die Berufung auf den Anspruch als ein debitum naturale unter Verhältnissen, wo mehr nicht erfordert wird, wir dieselbe in alle Ewigkeit werden zulassen müssen. Dies hat dann namentlich auch bei der Compensations-Einrede statt, und wir können nicht einsehen, wie auf diese Weise nach Löhr der wesentliche Zweck der Klagenverjährung vereitelt seyn soll, indem die Existenz des Compensationsfalles von Umständen abhängt, die nur außergewöhnlich vorkommen, und im Grunde eben so freiwillig bei dem bisherigen Schuldner eintreten, wie wenn diesem in den Sinn käme, die verjährte Schuld zu bezahlen. Wir sehen daher auch gar nicht ein, wie sich Unterholzner durch das v. Löhr'sche Argument verführen lassen konnte [16], es für unzweckmäßig zu erklären, wenn man die verjährte Forderung noch als brauchbar zur Compensation betrachten wolle. Wenn das aus Irrthum Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, soll die zufällige Compensationsgelegenheit (wie Unterholzner

15) Dies Argument gilt auch zur Erklärung der L. 5. Cod. 8. 36.
16) II. Bd. S. 314.

Digitized by Google

die Sache darstellt) einen andern Erfolg haben? Aber mehr noch — die Compensationsgelegenheit ist nicht so zufällig, sondern entsteht, wie die größte Reihe der Obligationen, durch den freien Willen der Partheien (scienter) [17]).

§. 7.
Fortsetzung.

II.

Heimbach (bei Linde, I. Bd. Nr. 22.)

will den Beweis, daß bei der Klagenverjährung keine obligatio naturalis übrig bleibe, so führen, daß er von den Wirkungen auf die Ursache schließt, annehmend

a) daß nach Ablauf der Klagfrist keine Einrede stattfinde;

b) daß die Verbindlichkeit eines Bürgen für eine verjährte Schuld nichtig sey, und die Bürgschaftsforderung eo ipso mit der Verjährung der Hauptklage erlösche;

c) daß das Pfandrecht mit der Verjährung der Hauptforderung zusammenfalle;

d) daß bei einer verjährten Forderung Constitut nicht stattfinde u. s. w.

Allein wir entgegnen ihm

1) daß er mit dem Beweise seiner Annahme nicht glücklich gewesen ist;

2) daß, wenn auch die exceptio der Verjährung Ausdehnung hätte auf die accessorischen Forderungen, damit noch nicht erwiesen wäre, daß die obligatio nicht naturalis bleibe, indem in manchen Fällen die Bürgschaftsforderung nicht eingeklagt werden kann, und die obligatio doch nicht ganz vernichtet, sondern in ihrer natürlichen Gültigkeit belassen ist.

In Hinsicht der obigen Beweissätze unsers Gegners wollen wir nur bemerken, daß

---

17) Was Unterholzner über das Verhältniß der L. 6. und 14. D. 16. 2. sagt, hat er nur hingeworfen, denn die eine Stelle spricht von den Obligationen, wo die exceptio die Vernichtung der ganzen Obligation mit sich führt, die andere von den Obligationen, wo der natürliche Bestandtheil bleibt.

Digitized by Google

ad a) die allegirten L. 1. §. 4. und 6. D. 4. 3. kein Wort von dem sagen, was Heimbach daraus ableiten will, daß ferner

ad b) die angeführten Stellen L. 36. §. 4. D. 46. 3. und L. 37. D. 46. 1. gar nicht von unserer Klagenverjährung sprechen, wie auch Andere schon gezeigt haben. Ueber

c) ist der Beweis nicht versucht, und über

d) gilt, was von den meisten andern in dieser Abhandlung angeführten Pandectenstellen gesagt werden muß, daß man die verschiedenen Arten des „tempore liberari“ so wenig verwechseln darf, als man von demjenigen, was bei einer actio temporalis des alten Rechts gesagt ist, unmittelbar auf die Folgen der neueren Klagenverjährung schließen kann.

§. 8.
Fortsetzung.
III.

Vermehren (Linde, II. Bd. Nr. 9. 10.) hat am vollständigsten alle Argumente und Stellen gegen unsere Ansicht gesammelt, aber im Ganzen nichts Neues beigebracht; zuerst schließt er, wie etwa v. Löhr, von der Wirkung der exceptio perpetua, sodann bringt er die Pandectenstellen, wo von den Wirkungen der liberatio tempore die Rede ist, und exegesirt sie anders als Keller und Franke, sodann geht er auf die Constitutionen über, welche leider einen durch bombastische Darstellung trüben Sinn haben, aber sicherlich den Gegnern unserer Meinung gut passen; endlich verhandelt er die Sache auch aus dem Standpunkte des Zweckes der Verjährung.

§. 9.

Um nun dahin zurückzukehren, von wo wir ausgegangen sind, so müssen wir immerhin der Meinung bleiben, daß die Kaiser unsere Streitfrage weder speciell bestimmt bedacht, noch entschieden haben, und sie demnach im Geiste der römischen Jurisprudenz nach Geschichte und Analogie von uns erst entschieden werden muß. Das Institut der Klagenver-

Digitized by Google

jährung, so wie es durch Theodos II. eingeführt wurde, ist unbezweifelt neu, aber es wollte alte Grundsätze, soweit sie dabei in Betracht kommen konnten, nicht umwerfen. Eine der wichtigsten prozessualischen Ideen des römischen Rechts ist die, daß durch den Prozeß der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses nicht verändert wird, und daß folglich Alles darauf ankommt, ob der Streitgegenstand eine reine obligatio civilis ist, wo freilich Alles verloren war, wenn die actio verloren war, oder ob er zugleich ein debitum naturale enthält, was man ja oft obligatio mixta genannt hat, wo mit dem Verlust der Klage nicht die obligatio naturalis untergeht. Vielleicht haben auch deßwegen die Römer bei der Litis-Contestation nicht von einer wirklichen Novation sprechen, sondern nur ausdrücken wollen, daß der civilistische Theil des Anspruchs durch Litis-Contestation in sofern untergehe, als sie mit derselben eine besondere obligatio aus der Litis-Contestation annahmen, und später wieder statt dieser eine besondere obligatio judicati [18]). Nicht, weil, wie Keller meint, die Novation bei der Litis-Contestation unabhängig von der Willkühr der Partheien sey, und weil es unzweckmäßig wäre, die Accessorien der eingeklagten Obligation mit der Litis-Contestation, wie bei der eigentlichen Novation fallen zu lassen, da der Zweck eines Prozesses eben so, wie der der Accessorien, die Verfolgung des Principalrechts sey — nicht sage ich, aus solchen willkührlichen und überkünstlichen Constructionen folgt die Verschiedenheit der Wirkungen der sogenannten novatio necessaria und der voluntaria, sondern daraus, daß in der Litis-Contestation wirklich keine novatio liegt, und die obligatio naturalis fortbesteht, folglich auch mit der Litis-Contestation die Accessorien, wie z. B. Pfandrecht [19]), nicht aufgehoben zu seyn brauchen. So ist es dann auch ganz erklärlich, wie die Kaiser die Pfandklage als

18) Gajus III. §. 180. Wir können daher auch nicht mit der Ausführung Keller's im §. 9. seines Buches einverstanden seyn.

19) L. 13. §. 4. D. 20. 1.

Digitized by Google

fortdauernd anerkannten [20]), wenn die Hauptklage erloschen war, weil die naturalis obligatio nicht in das judicium transferirt, und weder durch die Litis-Contestation, noch ohne dieselbe verändert wird. Diese Anerkennung der Kaiser ist also nur eine Bestätigung des Umstandes, daß an den alten prozessualischen Hauptgrundsätzen bei Einführung der neuen Klagenverjährung Nichts geändert werden sollte. Zu welchen Willkührlichkeiten muß man mit v. Löhr und Heimbach seine Zuflucht nehmen, wenn man ohne solche Voraussetzungen, wie wir sie eben hier aufgestellt haben, die Fortdauer der Pfandklage nach Erlöschung des Principalanspruchs erklären will! Verstehe man auch die bekannte L. 2. Cod. de luitione pign. [21]) von irgend einer Aufhebungsart der Klage, von welcher man wolle, so geht doch so viel unzweifelhaft aus derselben hervor, daß das Pfandrecht fortgeht, weil der natürliche Bestandtheil der obligatio durch die Klage nicht consumirt wird. Aber nicht bloß bei diesem Verhältnisse des Pfandrechts, sondern auch noch in Beziehung auf das Eigenthum selbst haben wir schon oben gesehen, daß Justinian bei den alten Grundsätzen blieb, wonach, wenn nicht eine wirkliche Erwerb- und Rechtsverjährung statt hat, durch den Untergang der Klage das Recht des Eigenthümers nicht verloren seyn soll. Wie hätte Justinian so entscheiden können, wenn in der Klagenverjährung ein wahrer Rechtsuntergang läge! Im Uebrigen ist in unserer Lehre viel Unheil entstanden, daß man die Sätze und Zwecke bei der Usucapion so oft mit den Grundsätzen des Untergangs der Klagen durch Zeitablauf vermischt hat, welches eben so sehr der Geschichte, als dem Systeme des römischen Rechts zuwider ist. Endlich würde mancher Irrthum vermieden worden seyn, wenn man in der Lehre von den Aufhebungsgründen der Obligationen der Vorstellungsart der Römer in unsern Compendien mehr

20) L. 7. Cod. 7. 39.

21) Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

gefolgt wäre [22]). Diese haben nämlich nicht nur die solutio ipso jure und ope exceptionis genau unterschieden, sondern auch die solutio obligationis per exceptionem und die Aufhebung der Klage bei den actiones temporales auf das sorgfältigste auseinandergehalten. Man vergleiche nur das System des Gajus lib. III. §. 168. seq. und lib. IV. §. 110. 111.

§. 10.

Haben wir unsere Gegner widerlegt und unsere Ansicht bewiesen, so ergeben sich daraus folgende Rechtssätze, die auch durch Zeugnisse und Analogieen nebenbei bekräftigt werden können:

1) Die Rückforderung einer bezahlten Schuld, auch wenn die Klage längst verjährt war, sofern die Zahlung aus Irrthum geschah, findet nicht statt. Dafür haben wir freilich weder in den Pandecten noch im Codex Beweisstellen, weil sie in den erstern nicht seyn können, und in der andern Sammlung nach Theodosius II. keine Rescripte vorkommen, in denen die wissenschaftliche Verarbeitung neuer Institute gewöhnlich erfolgte: aber wenn sogar der per injuriam *absolutus* das Gezahlte nicht zurückfordern kann, wievielweniger derjenige, der bezahlt hat, bevor es nur zum Prozesse gekommen ist?

2) Das constitutum und die novatio finden selbst nach abgelaufener Verjährungszeit statt. Nicht entgegen ist L. 18. §. 1. D. 13. 5., weil hier nur folgendes ausgedrückt ist:

a. das Constitutum gelte über die Zeit der temporalis actio principalis hinaus, was sehr natürlich daraus sich erklärt, daß das constitutum eine selbstständige Quelle einer eigenen Obligation ist, aber dieser ganze Fall gehört eigentlich nicht hieher.

b. Das Constitutum gelte nur, wenn man es zu einer Zeit eingegangen habe, quo erat obligatio, was sich wieder sehr natürlich erklärt, indem, wenn die obligatio civilis durch den Zeitablauf erloschen war, und eine naturalis nicht zurück-

22) Meine Grundlinien §. 212. ff., aber unrichtig ist dort im §. 214. von der Einrede der Verjährung gesprochen.

blieb, von einem Constitut nicht die Rede seyn konnte, da es an aller Grundlage fehlte.

3) Warum man mit einer Forderung, deren Klage verjährt ist, nicht solle compensiren können, sehen wir ebenfalls nicht ein, da hier sowenig wie bei dem SCo. Macedoniano von einer exceptio die Rede ist, welche auch die obligatio naturalis vernichtet.

4) Auch das Pfandrecht kann wie schon erwiesen ist, für den natürlichen Bestandtheil der obligatio fortbestehen, und sicherlich auch neu errichtet werden, weil, wenn das Fundament zum Fortbestehen gut ist, es auch für die neue Errichtung gut seyn muß, indem für das Fortbestehen keine Rechtssingularität zu erkennen ist.

5) Bei dem Bürgen stellt sich die Sache deshalb etwas anders, weil, insoferne der Bürge die cessio actionis verlangen kann, er natürlich durch die entsprechende Exception sich frei machen wird, wenn der Gläubiger wegen Verjährung die Klage nicht mehr cediren kann.

Bemerkungen
über die Principien des Criminalprozesses.

§. 1.

Zwei Abhandlungen in dem neuen Archive des Criminalrechts [1]), welche von dem Herausgeber der vorliegenden Zeitschrift nicht ohne Mühe verfaßt sind, bezwecken hauptsächlich die Darstellung der Grundsätze des römischen Criminalprozesses vor und mit den quaestiones perpetuae. Wir sehen daraus:

1) daß das Capitaljudicium ursprünglich [2]) bei dem ganzen Volke war, daß über Unrechtlichkeiten auch die Plebejer-

1) XI. Band 1. Stück und XI. Band 3. Stück.

2) Wenn wir nicht in die direkte Zeit der ersten Könige zurückgehen.

Digitized by Google

gemeinde sowie der Senat häufig das Richteramt ausübten, wobei die Verhandlungen natürlich so öffentlich waren, wie die Acte der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, und wobei nur in der spätern Zeit manchmal Commissionen zur Verhandlung und Aburtheilung ernannt wurden;

2) daß durch die Einrichtungen der quaestiones perpetuae an die Stelle der Volksversammlungen judices lecti als Repräsentanten traten, deren Recht von der Volksversammlung durch eine eigene lex begründet war, und welche eben dadurch ihre Instruktion erhielten; wobei merkwürdig ist, daß die judices fast immer aus dem Stande der Senatoren und Ritter genommen waren, und daß der andere Stand nur einigemal durch seine tribuni aerarii [3]) participirte. Hier fehlte es sich dann nicht, daß sich eine sehr bestimmte Gerichtsordnung ausbildete, und zwar

a. über das Recht des vorsitzenden praetor und seines judex quaestionis;

b. über die Bestellung und Beeidigung des speziellen Gerichts, wobei wir nur bemerken, daß man die judices wegen ihrer Beeidigung Geschworne nennen kann, aber mit den im Norden und England vorkommenden Geschwornen der älteren und neueren Zeit auf keine Weise vergleichen darf, denn die römischen judices bilden ein Richterkollegium, welches über factum und jus nach juristischen Grundsätzen und Beweisregeln urtheilt, während die eigentlichen Geschwornen, man suche ihren Ursprung, worin man will, erkläre sie für Zeugen, Eideshelfer, Richter des facti, immer dem eigentlichen Richter entgegenzusetzen sind. Viel mehr Aehnlichkeit haben die römischen judices mit den deutschen Schöffen, obgleich sie schon in der Richtung der Intelligenz unendlich von einander verschieden waren;

c. über den Standpunkt des accusator, sein Untersuchungsrecht natürlich ohne Amtsgewalt [4]), seine Begünstigung im

3) XI. Bd. des Archivs S. 385.

4) Invernizi, de publicis et criminalibus judiciis. pag 95.

Digitized by Google

Geiste des öffentlichen Interesses, seine patroni und subscriptores. Er war die Seele des Prozesses und ähnlich dem canonischen promovens inquisitionem und dem französischen procureur;

d. über den Gang des Prozesses selbst — nominis delatio (Anfang des reatus d. i. des Anklagestands des Angeschuldigten) [5]) und accusatio gleich mit Angabe der Beweise. Dies cognitionis (eigentlicher Rechtstag) wobei es manchmal zu einer comperendinatio kam;

e. über die patroni [6]), laudatores und überhaupt über die Vertheidigung des Beklagten.

Berathen und geurtheilt wurde in der Regel offen (palam) — die Oeffentlichkeit, Prinzip der gesammten römischen Gerichtsverfassung in der Zeit der Republik war daher im vollsten Maaße gegeben: geschrieben wurde bei den Verhandlungen unter öffentlicher Auctorität Nichts.

§. 2.

Maurer in seinem bekannten Buche „Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens u. s. w.“ hat in der dritten Abtheilung den Untergang des altdeutschen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens mit großer Belesenheit und vielem praktischen Sinne dargestellt: auf gleiche Weise verdiente derselbe Gegenstand in der römischen Geschichte behandelt zu werden, was freilich deshalb noch schwieriger ist, weil unsere Quellen im codex Theodos. und im corpus juris nicht befriedigend sind, und weil jene Zeit mit unserem Leben und unserer Geschichte nicht zusammenhängt. Nur das Allgemeinste soll hier angeführt werden:

5) Oft wurde der reatus schon von der ersten Anzeige bei dem das Gericht präsidirenden praetor gerechnet.

6) Davon verschieden waren die oratores, deren Eifer Cicero durch die von ihm noch vorhandenen Vertheidigungsreden, Seneca durch seine Erzählung in epist. XI. darstellt. Quibusdam etiam constantissimis in conspectu populi sudor erumpit, non aliter quam fatigatis et aestuantibus solet: quibusdam tremunt genua dicturis, quorundam dentes colliduntur, lingua titubat, labia concurrunt.

Digitized by Google

I. Der ganze Gerichtsorganismus hatte sich unter den Imperatoren geändert: das Criminalgericht war weder Volksgericht, noch ein consilium judicum lectorum mehr, sondern kaiserliche Beamte, der praefectus urbi in den zwei Hauptstädten, und der praeses in den Provinzen hatten das jus gladii oder die Criminalgerichtsbarkeit. Diesen oberen Beamten war zwar auch ein consilium zur Seite, aber nicht von ihnen und von der Wissenschaft unabhängiger judices sondern assessorum d. i. eigentlicher Juristen, welche sie wie auch sonst im Leben die Rechtsfreunde ihre Clienten beriethen, wie dieses Institut schon in der republikanischen Zeit bestand, und natürlich mit der weiteren Ausbildung der Rechtswissenschaft sich noch mehr erheben mußte [7]). Es ist eine bekannte Sache, daß die eigentliche römische Criminalverfassung nur in Rom ihre Ausbildung hatte, daß dagegen in den Provinzen die magistratus kraft ihres imperii über Verbrechen richteten, wenn nicht der Senat eingriff. Als die Provinzen in Provinzen des Princeps und in die des Senats abgetheilt wurden, waren in den ersteren die magistratus ganz unabhängig, soferne nicht die Befehle des princeps sie banden, und auf diese Weise ist es erklärlich, wie unter den Imperatoren die Criminaljurisdiction in den Provinzen sich so gestaltete, wie sie eben beschrieben ist [8]).

7) Man vergleiche über die assessores des Barnabae Brissonii antiquitates selectae lib. I. cap. 12. (Ausgabe von Trekell pag. 25. ff.) wo besonders in der Note durch eine Masse von Zeugnissen aus dem Alterthume nachgewiesen ist, wie assessores in judicio domestico, bei den judicibus pedaneis, bei den Stadt- und Provinzialmagistraten u. s. w. gewöhnlich waren, wie man ordinarii und andere unterschied und wie es zuletzt auch bezahlte gab.

8) Es kann nicht der Zweck dieser Abhandlung seyn, auf die andern Provinzialbeamten einzugehen z. B. die irenarchae und auf ihr Verhältniß zum praeses; auch gebrauchen wir geflissentlich hier blos den allgemeinen Ausdruck praeses provinciae L. 1. D. 1. 18. Nur wollen wir noch auf die Orts- und Municipalobrigkeiten hinweisen, deren Gewalt etwa aus folgenden und ähn-

Digitized by Google

Sie war hier eine Sache des imperii, und es sollte der praeses provinciae eine Criminalsache durch seinen Legaten nur untersuchen nicht aber durch ihn darüber entscheiden lassen noch weniger sie mandiren. Nicht zu übersehen ist, daß alle Stellen, die in Rom getrennt bestanden, in den Provinzen in der Person des praeses, wie in einem Centralpunkte zusammenfielen [9]), und daß aus dieser Richtung der Dinge eine Officialthätigkeit entstand, welche besonders in der Aufsuchung [10]) der Verbrecher wichtig wurde. Für unsere Untersuchung bedeutender ist die Einrichtung in Rom und Constantinopel. Unter August entstand in Rom eine blos örtliche Obrigkeit, der praefectus urbi, ein schon in der früheren Zeit bekannter Name, denn an solche Formen hielt sich die Politik des Princeps [11]). Ihn ernannte derselbe auf so lange, als es ihm gut dünkte, und zwar fast immer aus den gewesenen Consuln [12]). Zuerst übte er eine blos concurrirende Gerichtsbarkeit mit den an die republikanischen Formen gebundenen Prätoren aus Auftrag des princeps, auf den ja das imperium durch eine lex regia [13]) übergegangen war: nämlich das imperium in Beziehung auf den *populus romanus*, welcher im Frieden vorher dasselbe über sich selbst theils unmittelbar, theils mittelbar durch gewählte magistratus übte. Der praefectus urbi hielt sich wohl auch an das bestehende materielle Recht und hatte Assessoren, die ihm darin halfen; aber er war ein magistratus, der nicht an den ordo judiciorum publicorum

lichen Stellen zu erkennen ist: L. 12. D. 2. 1. Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet, modica autem castigatio eis non est deneganda. Die defensores sollen gleich, wenn sie etwas erfahren, die Sache an das judicium d. i. an den rector provinciae abfertigen L. 5. cod. theod. 9. 2.

9) L. 11. 12. D. 1. 18.

10) L. 13. D. eod.

11) Tacitus in den Annalen lib. 1. c. 1. eadem fuisse magistratuum vocabula, nihil usquam prisci atque integri moris.

12) Hugo Rechtsgeschichte X. Ausgabe. S. 659.

13) Niebuhr 2te Aufl. I. Bd. S. 349. 3te Aufl. S. 381. in Berufung auf Cicero de republica II. 13. 17. 18. 21.

Digitized by Google

gebunden war, sondern kraft seines imperii verfuhr. Hierin liegt die Quelle aller Umänderung für die Zukunft, denn es gehörte bei einer ohnehin so gewaltigen politischen Umgestaltung der Dinge nicht viel dazu, daß die leges judiciorum publicorum, soweit eine eigene Gerichtseinrichtung darauf gebaut war, unpraktisch wurden, und nur die Bestimmung der genera delictorum aus ihnen erhalten wurde. Ordo exercendorum judiciorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur [14]): bei dem praefectus urbi ging die Verhandlung (probatio) extra ordinem legum vor sich, aber an die Strafsatzung der leges im Allgemeinen d. i. an die hier bestimmten genera delictorum und namentlich daran, ob für sie eine Capitalstrafe gedroht war oder nicht mußte er sich halten, obgleich diese leges kein ausschließender Anhaltspunkt im Sinne der Neueren (sine lege nulla poena) für ihn waren: vielmehr hatten die leges judiciorum nie diese Richtung; das Volk konnte ohne Berufung auf eine lex ein Capitaljudicium anordnen, und das imperium principis et magistratuum konnte gefährliche und schlechte Handlungen ohne Beschränkung zur Cognition ziehen, weshalb namentlich die Gewalt des praefectus urbi so ausgedehnt war [15]). Der praefectus vigilum, ebenfalls eine neue Polizeibehörde, arbeitete ihm in die Hand, denn wenn dieser auch in niederen Correctionssachen eine eigene cognitio hatte, so stand ihm doch keine Criminalgewalt zu [16]). Die Gewalt dieser Behörden vermehrte sich auch dadurch, daß sie über die servi, die früher mehr dem judicio domestico unterworfen waren, ausgedehnt wurde, und daß überhaupt durch allerlei Verhältnisse das ganze judicium domesticum [17]) wie die Censur außer Uebung kamen. Dieses aber erhöhte die Willkühr der Beamten, und

14) L. 8. D. 48. 1.

15) Dig. lib. 1. tit. 12.

16) L. 4. D. 1. 15.

17) Dieses beweisen schon die Titel im Theodosianischen und Justinianischen Codex de emendatione servorum et propinquorum.

Digitized by Google

trug nicht wenig bei, den Geist der alten Criminaljurisprudenz der Römer zu zerstören. Wieviel im Verfahren selbst davon blieb, werden wir gleich sehen: nur das ist im allgemeinen noch anzuführen, daß in der Imperatorenzeit auch das ganze Strafsystem verändert wurde. Interdictiones aquae et ignis und multae waren die Hauptstrafen zur Zeit der judicia publica; jetzt kamen allerlei Arten von Todesstrafen, Verbannungsstrafen, körperlicher Strafen auf, und der Erfindungsgeist hatte hierin im Fortgange trauriger Zeitverhältnisse eine reiche Aerndte [18]). Auch die Willkühr in dieser Hinsicht verdarb den Geist des Criminalprozesses, die Detention der in der Untersuchung Stehenden wurde allgemein; und der Umstand, daß man überall sowohl in der Untersuchung als in der Bestrafung Unterschiede zwischen den Sklaven und Freien und den humiliores und honestiores machte, war nicht gerade geeignet, den Zustand der Dinge zu verbessern, zumal man nicht dasjenige, was von den höhern Ständen galt, auf die niedern anwendete, sondern vielfach umgekehrt verfuhr.

§. 3.

II. Was das Criminalverfahren im justinianischen Rechte anbetrifft, so war aus dem älteren Rechte das Meiste geblieben, Einiges verändert, wie die nachstehende Uebersicht zeigt:

a. Das Princip desselben war immer noch die alte Accusationsmethode d. h. der Prozeß eröffnete sich wie der Actionenprozeß durch die Klage eines Privatmanns [19]), da aber bis auf einzelne Fälle jeder ex populo das Criminalinteresse als sein Interesse behandeln kann, so war hier die Zahl der Klagberechtigten groß [20]). Immerhin aber war es nöthig, eine

18) Man sehe über das System der Strafen nach dem corpus juris mein Lehrbuch des Criminalrechts §. 64. ff.

19) So war es nämlich schon durch die quaestiones perpetuae gekommen: bei den eigentlichen Volksgerichten aber kam es auf denjenigen an, der das Recht hatte, mit dem Volke zu verhandeln.

20) Wenn mehrere auftraten, war daher auch bestimmt, wem der Vorrang gebürte. L. 16. D. 48. 2.

Digitized by Google

Reihe von Grundsätzen über das Anklagerecht aufzustellen, weshalb der cod. just. hiemit die Lehre vom Criminalprozeß eröffnet [21]). Procuratoren waren hierbei nicht zugelassen [22]). Weil es nun aber in allen Zeiten und unter allen Verhältnissen an Anklägern nach diesem Systeme fehlen wird, und zwar nicht mehr in jener oft so verschmähten Zeit, wie in unsern Tagen, so sollte ausnahmsweise oder besser aushilfsweise die publicae sollicitudinis cura zum Criminalprozeß führen können [23]). Diese cura übten nicht nur die rectores provinciae, welche, wie später in der Kirche die Bischöfe, judices ordinarii hießen, sondern auch die untern Beamten, die irenarchae, stationarii, die defensores und die Municipalobrigkeiten aus. Der Prozeß fing hier mit einem Bericht, elogium, dieser Unterbeamten an, und derselbe vertrat die Stelle des Accusationslibells [24]).

b. Die erste Thätigkeit des Richters ging dahin, die Anklage und die Person des Anklägers festzuhalten, und dabei zu verhüten, daß keine muthwillige Anklage erhoben werde. Dies geschah durch die Scriptur, die sehr natürlich in dem Verfahren vor dem oben beschriebenen Gerichtsorganismus von besonderer Wichtigkeit war [25]). Ein Formular hierüber hat uns die L. 3. D. 48. 2. erhalten. Libellorum inscriptionis conceptio talis est: consul et dies: apud illum Praetorem, vel Proconsulem, Lucius Titius professus est se Maeviam lege julia de adulteriis ream deferre; quod dicat eam cum Gajo Sejo in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis, adulterium commisisse [26]). Die Folgen der Inscription gehören nicht in diesen Umriß [27]). Beruhte die

21) Man sehe aber vorzüglich L. 8. — 11. D. 48. 2.
22) L. 13. §. 1. D. 48. 1. L. 7. D. 48. 2.
23) L. 1. cod. Theod. 9. 3. Just. 9. 4.
24) L. 6. D. 48. 3. L. 7. cod. 48. 2.
25) Auch anerkannt im canonischen Recht c. 1. c. 2. qu. 8.
26) Uebergegangen in das canonische Recht c 5. c. 2. qu. 8.
27) Die subscriptio ist nur die Unterschrift unter dem Inscriptionslibell L. 3. §. 2. D. 48. 2.

Digitized by Google

Anregung des Prozesses nicht auf einer accusatio, so mußte der judex den Grund der Erfahrung z. B. des elogii erst näher untersuchen, und daher kam die sogenannte ἀνάκρισις d. i. die Prüfung der Angaben des Anzeigers, und die Untersuchung der damit aufgedeckten Umstände [28]).

c. Sofort scheint zu Justinians Zeit in der weiteren Verhandlung der Sache ein großer Unterschied zwischen den leichteren und schwereren Verbrechen gewesen zu seyn; bei den ersteren scheint eine Art von summarischem Prozeß statt gefunden zu haben [29]). Freilich wissen wir nicht mehr, was unter leichten Verbrechen verstanden wurde, und schwerlich mag auch eine bestimmte gesetzlich oder wissenschaftlich gebildete Abgrenzung bestanden haben.

d. Bei den schwereren Verbrechen handelte es sich nun vorerst von der exhibitio und custodia reorum. Die erstere bezog sich besonders auf servi, die andere war, wie schon oben bemerkt, verschieden nach den Ständen, und auch Bürgen wurden manchmal angenommen [30]). Nur mußte der reus, wenn er gestanden hatte, in vincula publica gebracht werden [31]). Vielfache Bestimmungen begegnen uns sowohl im cod. Theod. wie im corpus juris, welche sehr menschliche Gesinnungen hiebei aussprechen.

e. Sofort wurde der eigentliche Prozeß sicherlich ganz nach dem Muster des Verfahrens in Civilsachen, wie es im Justinianischen Rechte vorkömmt, geführt. Also es fand die wirkliche accusatio und litis contestatio statt, denn davon wird nicht nur ausdrücklich gesprochen [32]), sondern es geht dieses auch schon daraus hervor, daß in den römischen Rechtsbüchern nichts Besonderes von dem weitern Criminalverfahren vorkömmt, und weil nichts natürlicher ist, als daß sich die cognitio extra ordinem in Civil- und Criminalsachen bei

28) L. 6. §. 1. D. 48. 3.
29) L. 6. D. 48. 2.
30) L. 1. 3. D. 48. 3.
31) L. 5. D. cod.
32) L. 20. D. 48. 2.

Digitized by Google

einem ganz gleichen Gerichtsorganismus und bei dem gleichen Wege ihrer Gestaltung durch die Praxis gleich ausbildete. Nur habe ich schon an einem andern Orte bemerkt und ausgeführt, daß an und für sich Exceptionen im Criminalprozesse nicht vorkommen konnten, mit Ausnahme einer einzigen Verbrechensgattung [33]): und hieher will ich noch bemerken, daß auch die recriminatio, ἀντικατηγορια für durchaus unstatthaft erklärt war [34]), woran sich das französische Sprichwort geknüpft hat: reconvention n'a point de lieu en courlaye. Ebenso richtete man sich in Hinsicht auf die probatio durchaus nach den allgemeinen Beweisregeln, wie sie auch für den Civilprozeß galten, und hatte daher den Gedanken „confessus pro judicato habetur“ [35]) ferner die Grundsätze von den Zeugen, Urkunden, Präsumtionen, wie diese in dem 22ten Buche der Pandecten vorgetragen werden. Und wir halten es nicht nur für eine ganz richtige Ansicht, sondern auch für eine große Wohlthat, wenn die Beweislehre ohne Unterschied des Civil- und Criminalverhältnisses behandelt wird, wobei wir übrigens nicht sagen wollen, daß nicht hie und da nach dem Bedürfniß der Sache und der Erfahrung des Lebens Besonderheiten statt finden können, wie wir ja eben eine in der Note aufgedeckt haben. Wir werden unten zeigen, wie hier die Carolina das römische Recht mißverstanden hat. Nur das Eine ist im römischen Criminalrechte singulär, daß bei den servis die quaestiones oder tormenta statt fanden, und daher haben wir hier wieder im 48ten Buche der Pandecten und im 9ten des Codex einen eigenen Titel. Nunmehr ist

33) Meine Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts S. 226 und 219. Die Einwendungen bei dem crimen adulterii sind wohl Präscriptionen, aber nicht eigentliche Exceptionen L. 15. §. 7. D. 48. 5.

34) L. 12. cod. Theod. 9. 1.

35) Hierin ist man schon im Mittelalter weiter gekommen, und hat schon da die Verschiedenheit der Folgen der Anerkennung bei dem Mein und Dein — und der unbestätigten Anerkennung einer verbrecherischen Schuld eingesehen.

Digitized by Google

es auch nicht schwer, die so kurze und abgebrochene Hauptstelle im Codex über das unter Justinian geltende Criminalverfahren zu verstehen.

L. 17. cod. 9. 2.

L. 19. cod. Theod. 9. 1.

übergegangen in das canonische Recht c. 3. cau. 2, qu. 8.

Accusationis ordinem *jam dudum legibus institutum* servari jubemus: Ut quicunque in discrimen capitis accersitur, non statim reus, qui accusari potuit, existimetur: ne subjectam innocentiam feriamus. Sed quisquis ille est, qui crimen intendit, in judicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis accipiat, custodiae similitudinem (habita tamen dignitatis aestimatione) patiatur: nec impunitam fore noverit licentiam mentiendi, cum calumniantes ad vindictam poscat similitudo supplicii. Nemo tamen sibi blandiatur objectu cujuslibet criminis, de se in quaestione confessus, veniam sperans propter flagitia adjuncti vel pro communione criminis consortium personae superioris optans aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus, aut eripi se posse confidens, aut studio aut privilegio nominati: cum veteris juris auctoritas de se confessos ne interrogare quidem de aliorum conscientia sinat. Nemo igitur de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena, (Dat. Ravennae 423.)

Die Stelle enthält Folgendes:

1) es solle im Ganzen bei der alten Accusationsordnung bleiben, und über die Erklärung, Vertheidigung des Angeklagten und über die Beweisführung gegen denselben und für denselben ist nichts darin gesagt;

2) der Ankläger soll sich durch Inscription und durch Custodia (statt des frühern Calumnieneids) zur Wahrheit verbinden müssen;

3) der Angeklagte soll durch seine Angabe Andere nicht graviren können, und überhaupt nicht dadurch zu gewinnen hoffen, daß er andere und besonders angesehene Leute durch

Digitized by Google

Angaben in sein Verbrechen ziehen oder überhaupt in Untersuchung bringen will.

§. 4.

III. Die innere Ordnung, die Oekonomie oder das System des Verfahrens kann in Criminalsachen immer weniger fest bestimmt werden, wie nach der Verhandlungsmaxime der Civilsachen. Indeß hatte der römische Criminalprozeß extraordinem doch seine sicheren Stadien

a. den Anfang des reatus: dieser tritt ein, wenn von Seite des Accusator der Inscriptionslibell in gehöriger Ordnung aufgestellt und unterschrieben ist. Fehlt es hier an einem wesentlichen Punkte, so kann der Angeklagte jederzeit die Abolition des Anklagezustands oder des reatus verlangen d. h. der Prozeß muß ganz vom Neuen angefangen werden [36]). Dieses erste stadium war aber auch präjudicirlich für den Ankläger, denn es entstand für ihn nicht nur die Verbindlichkeit den Prozeß fortzuführen, sondern er setzte sich auch den Folgen einer ungerechten Anklage aus, wenn er nicht von diesem Stande des Anklägers sich Abolition zu erwirken wußte [37]). Gerade so wie, wenn in Civilsachen eine Klagschrift übergeben wird, der Richter zu prüfen hat, ob er competent ist, und ob der Kläger das Recht hat, vor Gericht aufzutreten, so muß natürlich auch hier bei der Inscription der Richter auf seine Competenz und auf das Accusationsrecht Rücksicht nehmen, und der Angeklagte kann seinerseits gleich die Mängel rügen, so dadurch der Anfang des reatus abgewendet wird [38]). Viele haben deshalb behauptet, der reatus fange nicht eher an, als bis lis contestirt sey, indem ja der Angeklagte doch über die Vorfragen der Anklage müsse gehört seyn [39]), und andere unterscheiden in eben dieser Rücksicht einen reatus im weiteren und einen reatus im engern

36) L. 3. §. 1. D. 48 2.

37) Hieraus geht hervor, daß die Abolition im eigentlichen Sinne eine doppelte — nämlich des reus und des accusator ist.

38) Mathaeus, de criminibus 48. 13. cap. 7.

39) Mathaeus l. c.

Digitized by Google

Sinne; allein es iſt bekannt genug, daß mit der inscriptio für den Angeklagten ohne weiters beſtimmte Folgen verbunden waren, z. B. daß er kein öffentliches Amt führen konnte,[40]) und daß es daher ein techniſcher Ausdruck war: accusator Lucius secum criminis reum facit[41]). Wenn die Anregung des Prozeſſes nicht durch eine accusatio, ſondern durch ein elogium und durch die Officialthätigkeit kam, ſo wurde der status rei durch die Vollführung der ἀνάκρισις begründet. In der früheren Zeit war es freilich ein ſtehender Gedanke „non possumus reum facere, quem nullus accusat[42]).

b. Die litis contestatio. Zwiſchen dem vorigen Stadium und dem jetzt zu beſtimmenden liegen allerlei richterliche Acte, namentlich die custodia und exhibitio rei, ferner die requisitio rei absentis und in der letztern Hinſicht kannten die Römer keinen Contumacialprozeß, ſondern die adnotatio rei, deſſen citatio durch edicta und die obsignatio bonorum — alles dieſes aber nur unter der Vorausſetzung, daß ein Capitalverbrechen in Unterſuchung war[43]). Im übrigen war die Litis-Conteſtation im Criminalprozeſſe wie im Civilprozeſſe immer noch gegenſeitig und beſtand darin, daß auf die umſtändlich erhobene Anklage der reus antworten mußte, und ſicher vom Unterſuchungsrichter durch entſprechende Interogationen dazu angehalten wurde. Matthäus führt zum Beweiſe der Interrogationen verſchiedene Stellen aus der heiligen Schrift auf, und wirft nach ſeiner verwirrenden Methode Erzählungen nach dem Syſteme der quaestiones perpetuae mit Zeugniſſen aus dem Codex zuſammen; allein die Sache iſt nicht zu bezweifeln, da ſogar die Unterbeamten die Ver-

40) L. 7. D. 50. 4. L. 17. §. 12. D 50. 1. wurde aber die accusatio nicht förmlich angeſtellt, und ohne Schuld des reus verlief ein Jahr, ſo waren die Folgen gehoben. Nach der L. ult. cod ut intra cert. temp. ſind es 2 Jahre.

41) L. 17. D. 48. 16.

42) L. 6. §. 2. D. 50. 4.

43) Dig. 48. 17.

Digitized by Google

brecher examiniren durften, um ihre nähere Anzeige darauf zu gründen [44]).

c. Die probatio, wenn der Angeklagte nicht zugestand. Der Ankläger muß die Beweismittel bringen, und in der L. ult. cod. de probationibus wird das neueste Recht darüber so aufgestellt: sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam actionem debere, quae munita sit idoneis testibus vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita. Dabei ist es eine bekannte Sache, daß ziemlich bestimmte Regeln über die Fähigkeit der Zeugen, über die Zahl derselben, über die Beweiskraft der Instrumente und Argumente gegeben waren, wobei freilich die Erschöpfung dieses Gegenstandes in abstrakte Regeln ebenso von den Alten wie von uns für unmöglich gehalten wurde. Der Gedanke „judici fit probatio" war im vollen Maaße herrschend, daher konnte er die Zeugen examiniren und Indicien aufsuchen wie er wollte.

d. Ob die litis contestatio und die probatio zu verschiedenen Zeiten statt fand, oder ob ein dies für die ganze Verhandlung gesetzt war, wie im alten Rechte, wissen wir nicht bestimmt genug, aber für die alte Sitte und in den Fällen, wo der Criminalrichter nicht de plano zu verfahren berechtigt war, sprechen folgende Umstände. Es ist kein Zweifel, daß die Vertheidigung durch Oratoren unbenommen war: Lambridius erzählt in dem Leben des Alexander Severus: singulari studio Alexandrum audivisse orationes illas, quas viri eloquentes apud praefectum urbis recitaverant. Noch mehr haben wir aus dem Codex Theodosianus die bestimmtesten Zeugnisse, daß vor den Proconsuln und Rectores Provinciä die Criminalangelegenheiten öffentlich verhandelt wurden, sie aber Bedacht nehmen sollten, ne popularitati et spectaculorum editionibus mancipati, plus ludricis curae tribuant, quam seriis actibus [45]).

44) L. 6. D. 48. 3.

45) L. 9. I. 16. (Wenkſche Ausgabe.) L. 2. I. 7. der Gothofred. Ausgabe. vergl. auch L. 1. I. 12. der Wenkſchen Ausgabe.

Digitized by Google

O die finstere Zeit!! Obgleich diese Constitutionen im Justinianischen Codex fehlen, so kann man doch annehmen, daß die öffentliche Verhandlung der Sache vor dem consilium des praeses provinciae noch gebräuchlich war, weil eine einseitig in secreto vom Präses gesprochene Sentenz für null erklärt wird [46]). Auch sieht man aus der nov. 115. c. 1. daß in allen Sachen die judices nur dann ihre Sentenz aussprachen, wenn die Partheien erklärt hatten, daß sie Nichts weiter vorzubringen hätten, — alles, was auf die Verhandlung der Sache in alter Weise schließen läßt. Daß aber die beiden Partheien ausdrücklich selbst oder durch ihre Oratoren den Schluß erklärt hatten, war so nothwendig im Interesse des Angeklagten als des Anklägers, weil der letztere von Amtswegen ob calumniam in Untersuchung genommen werden konnte [47]), sowie überhaupt unter den Kaisern jede Unlauterkeit der Accusatoren, namentlich wenn sie die Anklage nicht fortsetzen oder im Einverständnisse mit dem Schuldigen um Abolition bitten, auf das strengste gestraft wurde. Wo ein offenbarer Dolus vorlag, fielen auch die anzeigenden Beamten in die Strafe [48]). Im Uebrigen wollen wir noch anführen, daß auch in diesem spätesten Rechte der Römer das non liquet (der wahre Triumph der juristischen Bestrebung nach Wahrheit) statt fand, und daß auch in Criminalsachen appellirt werden konnte: mit Ausnahme der Bestrafung bei einzelnen Verbrechen, was denn als Strafe selbst angesehen wurde. Ueberhaupt blieben Civil- und Criminalprozeß in einiger Verbindung, aber wie es mit der Praxis in der Durchführung der Schriftlichkeit oder mit den Acten aussah, ist eine mißliche und schwer zu untersuchende Sache.

§. 5.

Diese kurze Ausführung dürfte genügen, um einzusehen, daß auch der römische Criminalprozeß der letzten Zeit nicht

46) L. 6. cod. de sentent. 7. 45.
47) L. 1. § 3. D. ad SC. Turp. L. 1. cod de calumn.
48) Mathaeus 48. 17. c. 3.

Digitized by Google

auf schlechten Grundsätzen ruht, und daß die Praxis wohl schlecht gewesen seyn mag, keineswegs die Theorie; wobei wir jedoch die Fortschritte unserer Zeit erkennen und achten, — unser Zweck ist daher zu zeigen, wie Einzelnes aus diesem Prozesse, welches auch das canonische Recht aufgenommen hatte, in die Carolina übergegangen ist, und sich hier mit deutschen Gewohnheiten verbunden hat. Das römische Element ist wichtiger, als man gewöhnlich glaubt; indeß war es natürlich, daß die Hauptgrundlage des römischen Prozesses — accusatio — trotz der Reception in die Carolina nicht bestehen konnte, weil sie schon längst vor der Carolina aufgegeben war, und so ist es auch nicht schwer, die vollständige Ausbildung des Inquisitionsprozesses zu erklären, wie wir ihn jetzt in Deutschland haben. Und Alles dieses wird uns am Ende auf gewisse Grundsätze führen, die wir als Grundlagen einer neueren Legislation vertheidigen.

§. 6.

Darin sind die zwei neuesten Schriften über die Entwickelung des Criminalprozesses in Deutschland von Maurer [49]) und Biener [50]) einig, daß die Ausbildung des Inquisitionsprincipes dem Decretalenrechte angehört, denn im Decreto war, wie auch hie und da von uns nachgewiesen ist, durchaus justinianisches Recht. Das Decretalenrecht selbst aber hat selten den Zweck, neue Institute zu gründen, als bereits in der germanischen Welt bekannte Einrichtungen für seinen Zweck zu benützen. So waren die Rügegerichte in Deutschland ein Vorbild für die Inquisitionsgerichte zur Erhaltung der disciplina ecclesiae *). Ueberhaupt war, als eine vernünftige Beweislehre in den Gerichten Wurzeln faßte, und als gegen den Verbrecher Strafen im öffentlichen Interesse verhängt werden sollten, bei der damaligen sowohl allgemeinen als politischen Bildung, das Auftreten eines Privatanklägers fast unmöglich, und somit die Anklage von Amtswegen,

49) S. 312. ff.

50) Im dritten Capitel seines Buches.

*) Biener S. 134 ff.

Digitized by Google

zu der sich die Untersuchung von Amtswegen höchst natürlich gesellte, erklärlich. Daher muß man nicht den Päbsten und am allerwenigsten den durch die Päbste begünstigten Ketzergerichten, als vielmehr den Bedürfnissen der Zeit die Veränderung zuschreiben, die ja in der That schon im römischen Rechte angefangen hatte.

Was nun die Bambergensis und Carolina betrifft, so hielt man sich größtentheils an das römische Recht und nur die Lehre vom Gerichtsstand, einzelne Formalitäten und einzelnes Materielle z. B. der Contumacial- oder Achtsprozeß waren darin germanisch. Wir bemerken zur Nachweisung dieser Behauptung:

I. Die Bambergensis klagt in der Vorrede, daß die Gerichtsbesetzung durch Ungelehrte viele Nachtheile bringe, denen nicht anders abgeholfen werden könne, als indem man „derselben leut unbegreiflichkeit zu Hilff komme“ was auch durch Bilder und Reimen geschehen könne, besonders aber dadurch bewirkt werde, daß man sie bei vielen Verhältnissen an die Gelehrten ausdrücklich verwiesen habe. Schwarzenberg, der nicht vom römischen Recht geblendete, der wahrheitsliebende Mann seiner Zeit nennt das Gericht der Schöppen „blinde Narren“ und bildet Richter und Schöppen mit verbundenen Augen und Schellenkappen ab, und glaubt, daß alle Verbesserung des Rechts von den fürstlichen Räthen ausgehen müsse [51]). Diese bekannte Thatsache habe ich nur deshalb anführen müssen, weil man in den neuesten Zeiten das Gerichtwesen der Schöffen so sehr hervorgehoben und den Rechtszustand unter ihnen für so trefflich geschildert hat. Also die Einrichtung der Criminalgerichte war im Ganzen germanisch; aber die Veranlassung zur Umbildung derselben lag schon in der Bambergensis, einestheils dadurch, daß das

51) In Bamberg bestand noch nebenbei ein kaiserliches Landgericht unter der nächsten Aufsicht des Bischofs, welches aus durchaus Gelehrten zusammengesetzt war, und nach Art. 270. und 215. der Bambergensis Criminalgerichtsbarkeit ausgeübt zu haben scheint.

Digitized by Google

nach römischer Art eingerichtete consilium aulicum in zweifelhaften Fällen im Namen des Criminalgerichts (rathen) sprechen sollte, und anderntheils, indem schon der Untersuchungsrichter mit seinem Actuar, selbst ohne Schöppen, wie z. B. bei der Vergleitung der Todtschläger eine Rolle spielte. Man erzählt uns, daß die nach der Bambergensis gemachte Reichscriminalordnung lange unbefolgt blieb, und daß die Doctoren, die so oft als verstockte Anhänger des römischen Rechts dargestellt werden, daran Schuld gewesen seyen: allein in Wahrheit waren es die Verachtung, welche die nicht mehr passende Gerichtseinrichtung des 16. Jahrhunderts verdiente einerseits und andrerseits die immer schwer zu besiegende Anhänglichkeit des Volks an seine wenn auch schlechten Gerichtsgebräuche. Mit dem erhaltenen germanischen Gerichtswesen hängt es zusammen, daß man von einer Appellation in Criminalsachen Nichts wußte, und daß man daher noch in den neuesten Zeiten die Frage aufwerfen mußte, ob nach gemeinem deutschen Rechte hier eine Appellation zuläßig sey.

II. So sehr zwischen dem alten Germanischen, und dem recipirten Römischen schwebend die Bbgis und Carolina in Hinsicht auf das Gerichtswesen stehen, so fest und geregelt sind die Grundzüge des Verfahrens in diesen Rechtsbüchern. Man hat sich hier entschieden an das römische Recht gehalten und konnte dieses um so leichter, als die Theorie [52]) desselben auch zu Justinians Zeit nichts weniger als unvolksthümlich oder despotisch war [53]). Vielmehr ist schon die Aehnlichkeit mit dem römischen Actionenprozeß hinlänglich

52) Die Praxis jener Zeit wollen wir nicht in Schutz nehmen, sowie es Zeiten gibt, wo sich die Theorie nicht vertheidigen läßt, aber eher die Praxis.

53) Dieses begreift man, wenn man auch nur die Erzählung von Agathias περι της Ιουστινιανου βασιλειας nach Degen im Archiv VII, Bd. 4 Heft lies't, so wenig man daraus für das Gerichtsverfahren jener Zeit lernen kann: worauf es auch nach der ausdrücklich erklärten Absicht des gelehrten Verfassers nicht abgesehen war.

Digitized by Google

Bürge, daß Ordnung, Gründlichkeit im Beweise und Freiheit der Vertheidigung hier herrschen. Das Decretalenverfahren von Innocenz III. ist viel künstlicher, willkührlicher und konnte nur insofern Nachahmung finden, als bei dem Verfahren von Amtswegen in der Carolina nicht genug passende Bestimmungen gemacht waren. Die Bambergensis nämlich sowohl wie die Carolina verfügen bei dem Einbringen des Verbrechers von Amtswegen blos [54]), daß der Richter nicht gleich zur Tortur schreiten, sondern die Sache gehörig prüfen, namentlich den Thatbestand und die Indicien untersuchen soll; die Bambergensis insbesondere verfügt, daß das Gericht nicht nur, wenn es selbst im Zweifel sey, sondern auch wenn der Gefangene, seine Verwandten oder Herrschaft es verlangten, berichtliche Anfrage bei den fürstlichen Hofräthen halten solle. Im Uebrigen verweisen die Bambergensis und Carolina immer auf die Analogie zum Anklageprozeß, welchen sie auch hiedurch für die Regel erkennen [55]). Unter dem Anklageprozeß ist aber hier der reinrömische Accusationsprozeß verstanden, und nicht dasjenige Verfahren, welches unter dem Namen des fiscalischen Prozesses schon damals bei dem Reichskammergerichte bekannt war, und welches mit dem Verfahren der Procureurs als öffentlicher Ankläger zusammenhängt. Der Anklageprozeß ist übrigens wie im römischen Prozeß normirt: nämlich

a. der Ankläger muß mit einer die Wahrscheinlichkeit des geschehenen Verbrechens durch bestimmte Angaben nachweisenden Klage auftreten, die schriftlich niedergelegt werden soll; sofort wird der Angeklagte eingezogen und verhaftet; der Kläger aber wird ebenfalls in das Gefängniß gebracht, bis er Bürgschaft gestellt hat, und er bleibt verhaftet, wenn er keine stellen kann. Das Detail in dieser Lehre ist nicht

54) Von der General- und Specialinquisition sowie von ähnlichen früher durch die italienischen Juristen schon entwickelten prozessualischen Lehren wissen diese nur für Volksrichter berechneten Gesetzbücher Nichts.

55) Bbgf. Art. 10—16. Carolina Art. 6—10.

unwichtig und ist abweichend vom römischen Recht, besonders sieht man aus der Bambergensis einestheils, wie in zweifelhaften Punkten dieses Vorverfahrens immer Bericht an die fürstlichen Räthe erstattet werden sollte, und also hier schon das Verhältniß des Obergerichts zum instruirenden Gerichte sich ausbildete, anderntheils, wie bei dem instruirenden Gerichte die fürstlichen Beamten, Amtmann und Kastner neben dem eigentlichen Criminalrichter und den Schöppen einwirkten [56]). Schon aus den Grundsätzen über dieses Verfahren, namentlich über die Bürgschaftstellung erkennt man, daß der Angeklagte gleich über das Verbrechen constituirt wurde, weil schon bei der Bürgschaftstellung es darauf ankam, ob der Angeklagte gestand oder läugnete [57]). Dies kann man für die Litis contestatio halten, obgleich damit weder Förmlichkeiten noch besondre prozessualische Folgen verbunden waren.

b. Auch das Geständniß soll durch Indicien controllirt werden: ist aber kein Geständniß da, so gibt es nach der Bambergensis und Carolina einen doppelten Weg des Beweises, nämlich

1) den durch Indicien und die darauf folgende Tortur,

2) den eigentlichen Beweis durch Zeugen. Aber auch hier soll man noch das Bekenntniß zu erlangen suchen, obgleich es zur Verurtheilung nicht wesentlich ist. Merkwürdig ist, daß die Zeugen in der Bbgsis schon durch Commissarien und Requisition abgehört werden können. Auch sieht man [58]), daß der Zeugenbeweis hauptsächlich zu dem Anklageprozeß gehört, und der Indicienbeweis vorzüglich zu dem Inquisitionsprozesse, indessen konnte auch accusatio in den Indicienbeweis hinüber geführt werden. Die Zeugenaussagen wurden wie im Civilprozeß eröffnet, und eine Gegenbeweisführung zugelassen.

---

56) Bbgf. Art. 17—25. Carolina Art. 11—17.

57) Es konnte der Angeklagte nach der Bbgsis Art. 182. auch eine Vertheidigung zur Abwendung der Captur bei dem schon oben erwähnten Landgericht führen.

58) Art. 62.

Digitized by Google

c. Nunmehr kam es zu dem dritten Verfahren, wenn wir das Vorverfahren mit dem Annehmen von Amtswegen oder mit der Anklage für das erste Verfahren, und die Actus des Beweises für das zweite Verfahren erklären. Dieses dritte Verfahren ist das des eigentlichen oder endhaften Rechttags, oder das Verfahren der Ausführung des Rechts, der Deduction und Gegendeduction. Dieses Verfahren ist in der Carolina nur ein Scheinverfahren und ein Schatten von dem, was es seyn sollte. Man sieht dies schon daraus, daß die Urtheiler sich vorher Raths erholten, und daher das Urtheil fertig war, bevor die eigentliche Deduction und besonders die Gegendeduction des Vertheidigers vorgekommen war. Indessen ist in diesem Verfahren das Princip der Oeffentlichkeit erhalten.

§. 7.

Prüfen wir nun einmal die Ansichten der Bbgsis und der Carolina mit Rücksicht auf die Hauptstichworte der Zeit Jury, Princip des Verfahrens, Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Schriftlichkeit, so werden wir aufgeklärt durch den Geist jener Zeit und jener Werke, wo sich germanisches und römisches Recht vermählten, gar Manches heller sehen, als wenn wir uns immer in dem Strudel der Urtheile des Tags herumdrehen. Vorläufig wollen wir bemerken, daß wir überall lieber von der Bbgsis ausgehen, weil sie sich mehr bestimmt und frei, offener und anschaulicher im Geiste ihrer Zeit bewegt, als die Carolina, wo Vieles nach den Intentionen der Reichsstände und nach dem Zwecke der Anwendbarkeit auf das ganze deutsche Reich verändert werden mußte.

A. Daß die Schöppen des germanischen Rechts keine Geschworne sind, am wenigsten im Sinne des neuesten französischen Rechts, haben schon Andere gründlich erwiesen; aber sie waren judices lecti e populo und waren schon in der Zeit der Bambergensis nicht mehr passend, weil man selbst damals mit dem oft verbildeten oder nicht ausgebildeten Rechtsgefühle des Volkes nicht zufrieden war, sondern eine

klare Kenntniß der Rechtssätze mit ihren Gründen wollte. Zu keiner Zeit hat man auch die Jury deshalb vertheidigt, weil damit der juristische Standpunkt gewinne, und nur in unsern Tagen regen sich einige Stimmen, die glauben, die Beweistheorie des Gewissens [59]) sey besser, consequenter und fertiger, als die der altersgrauen juristischen Regeln [60]); aber man sucht die Vertheidigung der Jury im Ernste allein in dem allgemeinen Mißtrauen, welches in so feindlicher Stimmung ausgesät ist, und mitunter auch die Gelehrsamkeit, gewiß aber die vom Fürsten ernannten Richter trifft. Von solchem Mißtrauen war die Zeit der Bbgsis frei, und daher ist in derselben die Bestrebung überall sichtbar, die Wirksamkeit der Schöppengerichte zu beschränken. Namentlich geht die Bambergensis so weit, die eigentlichen Capitalfälle von den übrigen Verbrechen zu unterscheiden, indem sie nur für die ersten die Schöppengerichte beibehält, für die andern aber den Panrichter nach vorgängigem Berichte an den Hofrath das Urtheil sprechen läßt [61]). Auch sieht die Bbgsis das Schöppenwesen wie eine leicht in Unordnung zu bringende Maschinerie an, und will daher im Art. 123., daß man am endlichen Rechtstage nach Formularien verfahre, Nichts neues auch nicht einmal zur Vertheidigung mehr zulasse, indem vor solchen Leuten, die leicht aus dem Geleise gebracht würden, nicht so könne prozessirt werden, wie vor den gelehrten Richtern. Aus diesem sieht man leicht, wie die Einrichtung der Schöppengerichte nicht aus der Ueberzeugung von ihrem juristischen Werth, als wegen der einmal bestehenden Ordnung der Dinge beibehalten worden ist. In der That war aber jetzt diese Ordnung wegen der Einholung

59) Denn daß man ohne Beweistheorie gar nicht seyn kann, werden wir unten ausführen.

60) Wie natürlich ist aber der Satz, daß der Richter nicht nach der conscientia, sondern allein nach den allegatis und approbatis urtheilen soll. Biener Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses u. s. w. S. 80.

61) Art. 222. der Bbgsis.

Digitized by Google

des Urtheils von den gelehrten Richtern in fast allen Fällen mehr eine Formalität als eine Realität.

B. In Hinsicht auf das Princip des Verfahrens ist in der Bbgs. und in der Carolina der wahre Accusationsweg die Regel, doch sind die prozessualischen Stadien nicht mit solcher Bestimmtheit durchgeführt, wie in den Reichsgesetzen, die über den Civilprozeß handeln. Namentlich ist Nichts gesagt über die erste Antwort auf die Anklage, und wie überhaupt die Vertheidigung einzurichten war; besser ist indeß auch hierin die Bbgsts, weil sie z. B. den Angeklagten gestattet, gleich eine Vertheidigung bei dem Landgerichte einzureichen, was in der Carolina wegfallen mußte, weil man nicht überall kaiserliche und durch die Auctorität der Territorialherren gestützte Landgerichte hatte. Dabei sieht man schon aus der Bbgs., daß das Annehmen von Amtswegen, und das Aufsuchen der Indicien durch den Richter die häufigere Prozedur war. Auch sind die Bbgs. und die Carolina hinsichtlich der Consequenz und der Detailbestimmtheit ihrer Beweistheorie wirklich zu bewundern, obgleich wir im Resultate durchaus nicht einverstanden sind: denn die ängstliche Rücksicht auf das Geständniß und die darnach verlangte Erpressung desselben empören das Gefühl. Man muß indeß gestehen, daß, wenn man die Tortur aufhebt, das ganze Beweissystem der Carolina zerstört ist, und daß man daher eine neue Criminalordnung schon deßhalb nicht entbehren kann, weil man eine neue Beweislehre aufstellen muß. Da, wo keine neue Landesgesetzgebung besteht, und die Tortur dennoch aufgehoben ist, bleibt Nichts übrig, als auf die Beweislehre des römischen Rechts zu recurriren. Was endlich die Abtheilung des Verfahrens in das Vorverfahren und in das Endverfahren, und des ersteren in das Anschuldigungs- und in das Beweisverfahren betrifft, so liegen derselben einestheils die Rücksichten einer gründlichen Untersuchung und einer energischen Verfolgung des Verbrechens und anderntheils die Erhaltung der bloßen Form des älteren Rechtsverfahrens zu Grunde, und es ist daher sehr erklärlich, daß als die bloße Form im

Zeitenlaufe mehrerer Generationen jede Erinnerung an ihren innern Sinn verloren hatte, sie auch durchaus Nichts mehr war, und daher sowohl in der Praxis als in den neuesten Gesetzbüchern unbeachtet blieb. So kam der endliche Rechtstag ab.

§. 8.

C. Die Oeffentlichkeit in der Bbgs. und Carolina ist eine doppelte:

a. während der Untersuchung waren die Repräsentanten des Volkes, die Schöppen, anwesend: und ihre Bestimmung war es gerade, den Richter zu controlliren, sowie andrerseits derselbe durch den von ihm unabhängigen Gerichtsschreiber einer zweiten Controle unterworfen wurde. In die Untersuchung eine Art von controllirender Oeffentlichkeit einzuführen, ohne den Gang der Untersuchung selbst zu gefährden, ist eine der wichtigsten Aufgaben der neuen Gesetzbücher, und wir wünschen, daß man hierin erkenne, wie die Carolina viel besser ist, als unsre neueste Wissenschaft und Praxis, sowie das auf positiver Basis geschriebene baierische Prozeßgesetzbuch des Jahres 1813.

b. Die Aburtheilung geschah im vollen Sinne des Wortes öffentlich d. h. jeder aus dem Volke konnte dem Actus beiwohnen. Der Angeklagte mußte vor Aller Augen und Ohren sein Geständniß wiederholen, und wenn er es wiederrief, so mußten ihn zwei Schöppen, die dann als Urtheilsschöppen abtraten, als Zeugen der Untersuchung beweisen, daß er früher frei und ernstlich gestanden habe [62]). Ueberhaupt wurde die Anklage vollständig durch einen Procurator erhoben, oder durch den Gerichtsschreiber verlesen, die Vertheidigung ebenfalls durch einen Procurator vorgebracht oder verlesen. Die Erhebung der Anzeigen, und der Beweis wurde natürlich nicht reconstruirt, denn es war nicht um die jetzt erst vorzunehmende Fällung des Urtheils zu thun, welches vielmehr auf dem Grund der Acten ganz in der Gestalt,

62) Bbgs. Art. 107.

Digitized by Google

wie es jetzt in der deutschen Praxis geschieht, wirklich schon gefällt war. Im Uebrigen kamen allerlei Formen vor, die als Erinnerung der alten reelleren Oeffentlichkeit merkwürdig sind, z. B. das Beläuten des Gerichtes, die Fragen um die gehörige Constituirung des Gerichtes, der Umstand, daß noch immer das Urtheil den Schöppen in den Mund gelegt, und der Richter nur als Gerichtsdirigent angesehen wurde.

D. Was endlich die Mündlichkeit und Schriftlichkeit betrifft, die man immer miteinander und gegeneinander in Betracht nehmen muß, so beruht das Recht der Carolina auf folgenden höchst natürlichen Grundsätzen:

a. Es soll keine Verhandlung durch Procuratoren in der Untersuchung vorkommen, sondern der Ankläger oder statt seiner das Gericht soll die Klage in Person aufstellen, und entweder jener oder dieses soll die Wege des Beweises bezeichnen. Also von einem Procurator des Staats, indem der Staat eigentlich allgemeiner öffentlicher Ankläger sey, weis die Carolina Nichts, und wo man dergleichen Procureurs hat, ist immer noch nicht consequent und zweckmäßig genug verordnet, wie sich dessen Wirksamkeit zu den Geschäften des Untersuchungsgerichtes verhalte. Wie es mit dem Angeklagten während der Untersuchung stand, ist etwas zweifelhaft, doch ist nach der Bbgs. anzunehmen, daß dessen Herr oder Verwandte ihm schon während der Untersuchung auf dienliche Weise zu Hilfe kommen durften, ohne daß ein förmlicher Rechtsbeistand zugelassen worden zu seyn scheint. Auf jeden Fall muß der Angeklagte immer in Person und mündlich antworten.

b. Der Richter nimmt die gehörigen Verhandlungen in Gegenwart der Schöppen vor, und überläßt lediglich dem Gerichtsschreiber die ihn als wesentlich speciell vorgezeichneten Punkte unter seiner Fides zu Papier zu bringen.

c. Die Schöppen sehen vor sich den Angeklagten, und die Zeugen [63]), sie hören die Aufträge, welche den Dienern des

63) Doch konnte auch außer Gericht durch Commissäre und Requisitionen Zeugen abgehört werden, deren Aussagen dann zu den Acten genommen wurden.

Digitized by Google

Gerichts gegeben werden, und bilden so den stillen Chor in den verschiedenen Scenen, welche der Richter nach den Regeln seiner Prozeßdirection ihnen vorführt.

d. Endlich kömmt die Schlußverhandlung mit dem Angeklagten durchaus mündlich, und wobei der Gerichtsschreiber nichts weiter zu thun hat, als aufzuschreiben, daß und wann sie nach den gewöhnlichen Formen stattgefunden hat.

Wenn man in der neuesten Zeit die Schriftlichkeit hauptsächlich deshalb als den Gegensatz der Mündlichkeit aufgestellt hat, weil man an unsre Civilprozeßacten und an den Satz dachte quod non est in actis, non est in mundo, und schon dies eine mündliche Verhandlung nannte, wenn der Richter das Vorbringen einer Parthie dem Actuar in die Feder dictirte, so muß man zugestehen, daß das Princip des Criminalprozesses der Carolina die Mündlichkeit ist. Indeß sieht man doch auch hierin den Wendepunkt der Zeit. Die ganze Verhandlung sollte durch den Gerichtsschreiber gleichsam abgemalt werden, und die so offen sich äußernde Bbgsis läßt auch als einen der Hauptgründe hell genug durchblicken, daß dies geschehe, um bei andern, als denen, welche der Verhandlung angewohnt haben, Urtheil einholen zu können [64]). Im Uebrigen kann man nicht läugnen, daß die Schriftlichkeit schon an sich ihren hohen Werth hat, indem das Urkundlich-Gesicherte im allgemeinen und die Controle der Rechtlichkeit des Verfahrens insbesondere darin liegt. Die Bambergensis und die Carolina sind daher auch hierin nicht auf halbem Wege stehen geblieben, sondern haben nicht nur die Verpflichtungen des Gerichtsschreibers im allgemeinen, sondern für jede einzelne Verhandlung speciell vorgeschrieben. Auch dasjenige, was in dem Verfahren von Amtswegen geschieht, soll der Gerichtsschreiber auf das pünktlichste notiren [65]). Daß das Urtheil aufgeschrieben werden soll, war ein uralter Gebrauch und daher nicht eine Folge des erst in der Bbgsis und Carolina

64) Art. 123.
65) Art. 215. der Bbgsis.

Digitized by Google

durchgeführten Systems der Schriftlichkeit. Dieses System wird auch von Allen gelobt [66]), ist vielfach vervollkommnet worden, noch weiterer Vervollkommnung fähig, und muß daher sorgfältig erhalten werden. Auch im Achtsprozesse kömmt die Schriftlichkeit bei der vom römischen Rechte herübergenommenen Obsignation der Güter des Geächteten vor. Im Uebrigen war die Theorie der Carolina besser als die Praxis ihrer Zeit in diesem Punkte, wie wir aus vielfachen Zeugnissen wissen.

§. 9.

An der Hand der Carolina bildete sich der deutsche Criminalprozeß durch eine 300jährige Praxis und mit Hilfe mancher tüchtigen wissenschaftlichen Bestrebung aus. Schon Andere haben gezeigt, wie die Oeffentlichkeit ohne Einfluß der Politik durch die Fortbildung des Gerichtswesens, welchem auch das Volksvertrauen entsprach, verloren ging, und an deren Stelle die Actenverhandlung nach einer in der Theorie und vielfach auch in der Praxis sehr geregelten Untersuchungsmaxime den ganzen Criminalprozeß bildete. So sehr der Scharfsinn der Gelehrten und Practiker sich auszeichnete, um dieser Prozeßtheorie durch wohl durchdachte Normen, namentlich durch die bessere Bestimmung des Unterschiedes der General- und Specialuntersuchung, des Begriffes von Thatbestand, der Art der Vernehmung und Vertheidigung des Angeschuldigten Vollkommenheit zu geben, und so sehr ein milder Geist der Staatsverwaltung jede Inhumanität erstickte und die Gerechtigkeit durchaus nur als nothwendiges Mittel der Versöhnung übte; so sind doch immer große Mängel und Fehlgriffe dieses Verfahrens sichtbar geworden, und unsere Zeit der Vergangenheit nicht selten Hohn sprechend hat Alles vergrößert. Die Beamtenwillkühr in der Untersuchung ist oft nicht zu läugnen, die Beweistheorie hat mit der Aufhebung der Tortur eine ganz andere Richtung genommen, die selbst von der Wissenschaft nicht immer gehörig angedeutet

66) Maurer S. 356.

wurde, das ganze System der Untersuchung und Aburtheilung hängt viel zu sehr von der Individualität der Richter in Hinsicht auf Kenntnisse, Verstand und Charakter ab: die Vertheidigung am Ende der Untersuchung kömmt oft zu spät, und kann die Chikanen und deren Folgen nicht mehr gut machen; der urtheilende Richter kann unmöglich oft aus den Acten eine helle Ansicht der Sache schöpfen, und fühlt sich beengt in den feinen Verhältnissen der Zurechnung und die Collegialität tüchtiger Männer kann hier Nichts helfen. Neue Gesetzbücher haben nicht selten durch neue Einrichtungen, z. B. durch die Abtheilung der Verbrechen in eigentliche Verbrechen und Vergehen, die auf den Gerichtsstand und auf das Formiren des Verfahrens Einfluß hat, ferner durch Aengstigung des Untersuchungsrichters, durch unnützes Tabellenwesen den Zustand verschlimmert, und wir haben daher nie geläugnet, daß die Zeit gekommen sey, auf Verbesserung thatkräftig zu denken. Nur ist zu wünschen, daß die politische Unruhe unsrer Tage den Frieden der Gedanken, und die Haltung des Charakters nicht störe, welche von jeher den deutschen Juristen auszeichnet, und bei nützlichen Forschungen ihm das rechte Ziel — fern von blinder Nachahmungs- und Neuerungssucht haben finden lassen.

§. 10.

Der Zweck der nachstehenden §§. ist blos der, einige Resultate der bishieher gemachten historischen Darstellungen zur Rechtfertigung neuer Einrichtungen, welche wir vorschlagen, zu benützen. Wir werden dabei kurz seyn, und vielleicht andere Gelegenheit benützen, detaillirtere Ansichten zu geben.

I. Das Verfahren von Amtswegen muß durchaus erhalten werden, und es kann keine Aenderung bewirken, wenn ein öffentlicher Ankläger als Staatsanwalt bestellt wird, denn dies begründet wohl eine Theilung der Arbeit zwischen dem Untersuchungsrichter und dem Staatsanwalte, aber keine Veränderung des Princips. Das Verfahren von Amtswegen aber bringt es schon mit sich, daß der Prozeß nach bestimmten Regeln, ohne Controle der Oeffentlichkeit, sich so lange

fortbewege, bis es möglich ist, in einer zusammenhängenden Reconstruction aller prozessualischen Thatsachen den Urtheilern und dem Publicum den gehörigen Eindruck zu verschaffen. Insoweit werden uns auch die herrlichen Früchte großartiger Arbeiten deutscher Gelehrten für den Criminalprozeß nie verloren gehen.

II. Das Untersuchungsgericht aber dürfte auf eine doppelte Weise besser bestellt werden:

a. durch Aufstellung eines gelehrt-gebildeten und durchaus erfahrenen Gerichtsschreibers, der unabhängig von dem Inquirenten die Verhandlung für sich aufzufassen und die ganze Untersuchung gehörig darzustellen versteht; denn auch die Schriftlichkeit kann nicht aufgegeben, sondern muß in ihrer bisherigen Ausdehnung erhalten werden;

b. durch gehörige Bestimmung der Theilnahme des Staatsanwaltes [67]) an der Untersuchung, so, daß weder der Untersuchungsrichter, noch der Staatsanwalt der Diener des andern ist [68]). Die Direction der Untersuchung muß nach unsrer Ansicht vom Untersuchungsrichter ausgehen, und der Staatsanwalt kann nur mit Anträgen bei ihm auftreten, auch seinerseits keine Vorerkundigung mit amtlicher Gewaltausübung über den Angeklagten vornehmen, sondern nur verlangen, daß alle Polizeibehörden ihm in der Aufdeckung der Spuren von Verbrechen und Verbrechern unterstützen. In der Veranlassung einer Untersuchung ist er an eben die Regeln und Grundsätze gebunden, die der Untersuchungsrichter selbst zu beachten hat, und es ist zweckmäßig, daß sich beide benehmen, ehe der Prozeß auf irgend eine Weise eröffnet wird, denn sie sind und bleiben alle beide zu demselben Zweck, nur mit veränderten Richtungen thätig. Der Staatsanwalt kann im Ganzen keinen andern Standpunkt haben als der promovens

67) Die Procuratores fiscales sind im Mittelalter überall bekannte Beamte. Clarus §. fin. qu. 6—20.

68) In Frankreich ist der Untersuchungsrichter Gehilfe und Werkzeug des Procurators. v. Feuerbach über Oeffentlichkeit u. Mündlichkeit II. Bd. S. 341.

Digitized by Google

inquisitionem, und der Untersuchungsrichter hat natürlich ebenfalls die Inquisition zu promoviren, nur mit genauer Abwägung der die richterliche Würde sichernden Grundsätze. Daß aber neben dem Untersuchungsrichter ein Staatsanwalt sey, hat darin seinen großen Werth, daß der Untersuchungsrichter den Inquisitionseifer mäßigen und im Zweifel die Anträge des Staatsanwalts abwarten wird. Differenzen zwischen beiden können leicht dadurch ausgeglichen werden, daß entweder an das Collegium, dessen Mitglied der Untersuchungsrichter ist, oder an das höhere Collegium Bericht erstattet wird. Der Procurator soll auch niemals die Richtung vergessen, daß er Recht durch das Gericht sucht, sich aber durch Worte und Thaten nicht selbst Recht zu nehmen hat. Die Instruction des Staatsanwalts wird ein neues Capitel in einer Criminalordnung bilden. Der Untersuchungsrichter sey überall eine durch Kenntnisse und Charakter ausgezeichnete Person, denn nicht die Formen sind es, die die Freiheit und Gerechtigkeit garantiren, sondern der Werth des Mannes, welcher handelt. Im Ganzen wird man die Grundsätze des Untersuchungsprozesses beibehalten können; namentlich auch über Verhaftung, wobei wir jedoch noch viel bestimmtere Regeln wünschen, und zur Milde in jeder Hinsicht rathen, auch die Entlassung gegen Caution vorschlagen: ferner über General- und Specialuntersuchung, deren Unterscheidung wir nicht aufgeben würden, so wenig, wie im Civilprozeß die Nothwendigkeit des Beweisinterlocuts, weil ein Haltpunkt in dem prozessualischen Untersuchungsdrama, wobei eine umfassende Reflexion des Richters über den muthmaßlichen Ausgang der Dinge eintritt, sehr nützlich ist. Auch halten wir überall an dem Hauptprincipe, von dem bestehenden Recht nur dasjenige aufzugeben, was als Mißbrauch anzusehen ist, und dasjenige neu einzuführen, wofür ein reeller Gewinn und nicht blos die Laune und Lust Einzelner oder der schwankende Zeitgeist und Partheigeist entscheidet.

Nunmehr aber

c. wollen wir auch noch zu Gunsten des Angeschuldigten einen Vorschlag thun. Obgleich wir nämlich schon durch die Aufstellung des Procurator neben dem Untersuchungsrichter das Geschick des Angeschuldigten verbessert zu haben glauben, indem der Richter ihn nicht mehr so grell gegenüber gestellt ist, sondern seinen Stolz in die Unpartheilichkeit und Ruhe seiner Prozeßdirection setzen kann, so glauben wir doch, daß der Angeschuldigte auch während der Untersuchung einen Anwalt zu seiner Vertheidigung soll aufstellen dürfen. Demselben soll gestattet seyn, von Zeit zu Zeit die Acten einzusehen; ja wir würden ihn unbedenklich den Untersuchungsverhandlungen beiwohnen lassen, jedoch ohne daß er dabei thätig seyn dürfte, vorbehaltlich seiner Beschwerde unmittelbar nach dem Acte. Auch soll die Unterredung mit dem Angeschuldigten erst stattfinden, wenn der Untersuchungsrichter diese gestatten zu können glaubt, und deßhalb durch ein Decret den Vertheidiger berechtigt.

§. 11.

III. Ehe es zur mündlichen und öffentlichen Hauptverhandlung kömmt, sind von dem Untersuchungsrichter zwei Urtheile zu erlassen:

1) das schon angeführte auf Specialinquisition; es soll auf den Antrag des Procurators nach Vernehmung des Defensors erfolgen, aber keinen Suspensiveffect haben,

2) das Urtheil auf Actenschluß, ebenfalls nach Antrag des Procurators und Vernehmung des Defensors — ebenfalls ohne Suspensiveffect.

Sowie der Inquisitionsprozeß, welchen man jetzt in der Theorie des gemeinen deutschen Rechts kennt, nur unter der Voraussetzung Werth hat, daß er durch wissenschaftlich vollendete, moralisch feste Richter geleitet wird; sowie dieses Verfahren in der That nur durch die Fortschritte der Wissenschaft sich ausgebildet hat und bei jedem Volke bestehen wird, wo eine eigene gründliche Wissenschaft den Mann zum Beamten und Richter macht [69]), ebenso kann das Urtheilsgericht

69) In Frankreich macht das Wort die Sache; daher meinen viele,

ohne Unterscheidung der judices facti et juris nur aus sachverständigen Männern bestehen. Wir haben uns hier kurz auf zweierlei Dinge einzulassen:

a) auf die Jury,

b) auf die Trennung in Richter der That und in Richter des Rechts.

ad. a. Die Jury ist nicht unbedingt zu verwerfen; aber sie muß, wo sie besteht, der Leitung erfahrner Rechtsgelehrten untergeordnet seyn, wie dies in England der Fall ist [70]), und sie ist nützlicher als Anklagejury, wie als Urtheilsjury, denn dort, wo es sich hauptsächlich um das Factische eines noch nicht vollständigen Beweises (Präsumtion) handelt, (quod prudentissimos fallit) sind die Jurys ihrer Geschichte und Bedeutung nach am meisten an ihrem Platze: die Freisprechung des Angeklagten ist hier am meisten werth, und die Versetzung in den Anklagestand erträglich.

Der Jury als Urtheilsjury steht im allgemeinen Folgendes entgegen: 1) Sie kann bei einem in besserer Cultur befindlichen Volke, bei welchem natürlich seine Beurtheiler im Höhepunkte der Wissenschaft stehen müssen, ohne Hilfe rechtsgelehrter Richter nicht bestehen. Der Franzose Mézard, welcher die Jury am strengsten beurtheilt hat, was mit seinen politischen Ideen zusammenhängen mag, ist doch darin bei seinen Gegnern anerkannt, daß er durch seine reichen Erfahrungen die Unbeholfenheit und die Ungerechtigkeiten der Jurys unwiderleglich entwickelt hat [71]). Die Unbeholfenheit zeigt sich, wo man nicht Einstimmigkeit der Geschwornen verlangt, schon in Frankreich in dem fatalen 7 gegen 5. Sie zeigt sich darin, daß der Unterricht des Präsidenten wie jeder Unterricht seinen Einfluß

es sey dort Accusationsprozeß und es sey überhaupt dort ein guter Criminalprozeß, weil er mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ausgeht.

70) Philipps des pouvoirs et des obligations des jurys. pag. 137.

71) C'est avoir une étrange idée de la justice, que de croire, qu'elle peut être confiée à tout le monde.

äußert, und so wird, gerade indem man der Magistratur etwas entziehen will, diese eine indirekte aber um so gefährlichere Wirksamkeit üben.

Und sollte es dahin kommen, daß man dem Präsidenten nicht traut, dann um so schlimmer, weil die Jury nun einem Schiffe gleicht im Sturme ohne Steuermann.

Die Ungerechtigkeiten der Jurys aber sind um so weniger zu vermeiden, je mehr diese Richter abhängig sind von geringen Rechtserfahrungen, vom bewegten Geist der Zeit, von der Sucht als Repräsentanten des Volks im Sinne der Mehrheit zu sprechen, von Vorurtheil und Leidenschaft, welche nicht gezügelt werden durch eine gewisse Standesehre, die dem ächt gelehrten und loyalen Juristen auf der Stirne steht. Dieser nimmt seine Haus- und Conversationsansicht nicht mit auf den Richterstuhl, sondern tritt, je edler er ist, mit desto mehr Verdacht gegen seine Individualität und daher mit großer Aufmerksamkeit auf sich selbst auf die Tribüne, und sucht in den Gründen, welche sein Urtheil stützen, die Objectivität der Sache, frei von aller Subjectivität, hinzustellen. 2) Die Widersprüche auch rechtsgelehrter Gerichte sind nicht selten, aber meistens über juristische Controversen, nicht über das Factum, was deshalb keinen so nachtheiligen Einfluß auf das Rechtsgefühl des Volkes hat. 3. Endlich sprechen sich die Jurys selbst das Urtheil, wenn sie nur, wie in Frankreich, als Exceptionsgerichte vorkommen, d. h. nur bei einigen Verbrechen, etwa wie in der Bbgsts die Schöppengerichte. 4. Zuletzt wollen wir in dieser so oft angeregten Sache noch folgende Bedenken mittheilen: die Jury ist in der That Nichts als eine aushelfende Kraft im Beweise wie die Tortur. Sie soll nämlich wie diese die Ueberweisung des Angeschuldigten bewirken. Die neueste Rechtfertigung der Jury durch deutsche Juristen lautet etwa so: Keine juristische Beweistheorie giebt gehörige Sicherheit, ja es ist fast nicht möglich, eine Theorie über Indicienbeweis zu bilden, und selbst ein paar Zeugen geben nicht hinlängliche Gewährschaft: noch weniger bei einer

Digitized by Google

Urkunde das Urtheil der Schreibverständigen: also müssen die unzureichenden juristischen Regeln durch eine moralische Kraft verstärkt werden, und diese ist die Einstimmigkeit der Ansicht der Geschwornen [72]). Die Geschwornen haben das Vertrauen des Volks, der Angeschuldigte kann diejenigen, auf welche er Mistrauen setzt, recusiren, man kann überhaupt leicht aus dem Volke ein Collegium von Männern zusammensetzen, mit denen beide Theile zufrieden sind, während die rechtsgelehrten und zu bezahlenden Richter nicht in solcher Unzahl zu haben sind, auch giebt es Dinge, wie z. B. bei gewissen Zuständen der Zurechnungsfähigkeit, wo das Auge des Verständigen nicht durchdringt, sondern die Wahrheit von den Geschwornen herausgefühlt werden muß.

Aber in der That wohin führen alle diese Argumente? die wissenschaftlichen Bestrebungen nach dem Ziele der Wahrheit und des Rechts aufzugeben, die Rechtfertigung der richterlichen Ueberzeugung durch objective Gründe für unnütz zu erklären, das Licht der Geschichte auszulöschen, die Virtuosität des practisch-juristischen Lebens gering zu achten und mit einem Worte den Knoten zu durchhauen, wie bei der Tortur.

Nicht aus dem Vertrauen kömmt die Wahrheit, so wenig wie aus dem Wort die männliche Kraft: nicht, wo kein Mistrauen ist, ist Wahrheit, so wenig wie da, wo kein Unkraut ist, für sich guter Saame und Frucht: und der Jurist, welcher sich auf das allgemeine Rechtgefühl in schwierigen Verhältnissen beruft, wo der juristische Verstand nicht ausreicht, dem ergeht es, wie solchen, die, weil sie sich als Bürger eines städtischen Gemeinwesens oder als Staatsbürger zu enge fühlen, die ideale Freiheit des Weltbürgers in Anspruch nehmen.

Aber für den Angeschuldigten ist die Wirkung des Umstands, von der Meinung Anderer abhängen zu müssen, dieselbe, wie auf die Folter gelegt zu werden; denn ob eine

72) Ob Einstimmigkeit noch jetzt nöthig sey, oder Mehrheit, darüber streitet man sich, den eigentlichen Standpunkt der Jury ganz verfehlend.

Digitized by Google

mechanische oder eine Meinungsgewalt über uns triumphire, ist am Ende gleichviel. Zu diesem Allem kömmt, daß man bei einiger vernünftiger und praktischer Erwägung der Sache doch auch den Geschwornen wieder Beweisregeln geben will, und daher eine partielle juristische Bildung dann bei ihnen voraussetzen muß, die übler ist, wie die Bildung der sogenannten Landchirurgen, im Vergleiche zur echten wissenschaftlichen Arzneikunde, und endlich, wo bleibt bei diesem Allem der wahre Sieg der Rechtswahrheit in der zermalmenden Logik, mit welcher die einzelnen Gründe des Beweises zu einem Ganzen in der Rechtfertigung des Urtheils durch Entscheidungsgründe verbunden, und zugleich der Angeschuldigte in den Stand gesetzt wird, seiner Unschuld die letzte und höchste Kraft, durch den Angriff dieses logischen Kunstwerk's bei einem höheren Richter zu weihen! Auch gerade das non liquet, welches die rechtsverständigen Richter-Collegien so oft aussprechen, und welches bei der Jury wegfallen soll, ist das Asyl des nach Wahrheit strebenden Gewissens, vielleicht ein- und das andermal der Polster der Trägheit; aber es ist besser menschlichen Fehlern und dem Bekenntnisse der Schwäche nachzusehen, als des Menschen höchste Güter zum Theile in des Schicksals Macht zu legen. Die Jury ist in juristischer Hinsicht nichts anders, als ein Ueberbleibsel altmodischer Gebräuche, und ist in innigem Zusammenhange mit dem altgermanischen Beweisverfahren, dessen Princip Fatalismus war. Aber warum verlangt man bei dieser so überzeugenden juristischen Mangelhaftigkeit der Jury, und bei dem einzig natürlichen Gange der Rechtswissenschaft, die Beweistheorie durch juristischen Verstand und Erfahrungen immer mehr auszubilden, so heftig auch in Deutschland, wo man die Jury nie gekannt hat, nach derselben: in einer Zeit, wo man dem römischen Rechte, dem Triumphe juristischer Cultur sogar abhold ist, weil es etwas Fremdes sey? die Sache ist einfach. Der Gedanke der Antheilnahme des Volks oder vielmehr einzelner Repräsentanten desselben an der Verwaltung

Digitized by Google

ist es, der auch auf Antheilnahme an der Gerichtsbarkeit Anspruch macht, und dem eigenen Stande rechtsgelehrter Männer daher feindlich gegenübersteht. Aber die Rechtsgelehrten sind jetzt keine Priester mehr, welche Mysterien bewahren, und die deutschen Richter-Collegien haben zu allen Zeiten mehr als irgend ein anderes Institut die deutsche Freiheit gesichert. Man denke an die deutschen Reichsgerichte, und an die Gerichtshöfe in Süddeutschland in der napoleonisch-souveränen Zeit. Es ist billig, daß jeder aus dem Volke die Gründe der Beurtheilung seiner Angelegenheiten kenne, den Gang des Rechtsverfahrens controllire und so durch des Volkes eigenes Urtheil die Achtung der Gerichte bestärkt werde: es ist billig, daß die Gerichte so organisirt sind, daß der Einfluß der Krone auf sie ganz verschwinde, und es kann nicht fehlen, daß die Regierungen selbst einsehen, wie gerade bei den Gerichtspersonen nur die allgemeine Anerkennung der Kenntnisse und des Karacters, das Motiv der Beförderung seyn können: es ist zweckmäßig, daß Recusationen begünstigt; es ist auch in einzelnen Staaten herkömmlich, daß von den Landständen oder andern Corporationen einzelne rechtsgelehrte Richter in die Gerichtshöfe präsentirt werden, und so giebt es Wege genug, das Vertrauen des Volkes zu den Gerichten auch äußerlich zu befestigen, ohne daß es nöthig wäre, ein Institut von höchst zweifelhafter Bedeutung in die deutsche Justiz einzuführen. Man muß nur auch nicht vergessen, daß in Deutschland das Collegialsystem das Vertrauen und die Unpartheilichkeit verstärkt, während in England das System der Einzelrichter so manche andere Einrichtungen nothwendig gemacht hat, die von den Engländern selbst oft nicht gepriesen, unentbehrlich sind, weil sie in der Geschichte und in dem Organismus des englischen Staatswesens wurzeln.

ad. b. So oft ist schon der Gedanke vertheidigt worden, dem Gerichtshofe nur das punctum juris zu überlassen, dagegen den Punkt des Beweises oder das punctum facti in das Ermessen anderer Richter, bei welchen man auch Rechtskenntnisse ver-

Digitized by Google

langen könne, zu stellen. Durch diese Theilung werde eine Controlle eingeführt, die für die juristische Wahrheit und für die Rechts-Sicherheit des Einzelnen höchst wichtig sey. Man denkt dabei etwa an das judicium privatum ordinarium bei den Römern, wo nach gegenseitiger Verhandlung der Partheien der Prätor das jus voraussest setzte, wenn gewisse factische Beziehungen in der weiteren Untersuchung durch judices sich herausstellen würden. Diese Ordnung der Dinge verdankt unbezweifelt dem Umstande ihre Existenz, daß das punctum juris durch den Prätor und seine Assessoren vielfach erst zu finden, und jedenfalls das alte Recht dem Zustande der Fortentwickelung zu accomodiren war, während dieser Theil der Rechtpflege von unsern Gesetz-Commissionen und Gelehrten ausgeht. Im Criminalrechte kam auch bei den Römern niemals diese Trennung vor. Sie ist, wenn man einmal davon ausgeht, daß Rechtsverständige in dem einen und andern Puncte entscheiden sollen, nicht nur unnütz, sondern offenbar schädlich. Das Vertrauen und die Controlle wird, wenn 5 Richter des Rechts und 5 Richter der That sind, nicht besser erreicht, als wenn 10 in einem Collegio vereinigten Richter über das Ganze sprechen. Die Trennung hat auch nur die rechte Bedeutung, wenn die bedingte Entscheidung des Rechtspunktes vorausgeht, weil darin die Einheit des Urtheils liegt, indem nun der andere Richter seine Instruction erhalten und nichts zu thun hat, als das Haupturtheil zu purificiren. Jus und factum lassen sich nicht als zwei voneinander unabhängige Dinge aufstellen, sondern das eine dient dem andern, und um das Jus lebendig zu machen, muß ein factum da seyn, sowie in jedem facto von selbst das criterium juris liegt. Wenn wir bei der Beurtheilung eines Criminalfalles Unterscheidungen machen wollen, so sind es die 3 Punkte, a) ist eine bestimmte Handlung oder Wirkung eingetreten? b) wer ist der Thäter, und c. wie steht es mit der Zurechnung? Thatbestand, imputatio facti et juris heißen in der Kunstsprache die drei Punkte. Aber nicht diese sollen nach der von uns bekämpften

Digitized by Google

Ansicht unter den Urtheilsfassern getrennt werden, sondern die judices facti sollen aussprechen, welcher Thatbestand, welcher Thäter da sey, und ob die Entschuldigungsgründe erwiesen seien oder nicht. Somit bleibt den andern Richtern Nichts übrig, als über die Art und Größe der Strafe dem stummen Gesetze ihren Mund zu leihen, oder falls vieles in das richterliche arbitrium gestellt wäre, etwas zu thun, was viel besser derjenige thut, welchem die That bei der Bemessung des Beweises am lebhaftesten vor die Augen getreten seyn muß. Auch ist unsre Unterscheidung nur erfunden worden, um statt der Jury ein Institut, welches eben so zwecklos, wie in der gewöhnlich vorgeschlagenen Art der Ausführung unnatürlich ist, als schlechtes Surrogat zu begründen.

§. 12.

IV. Was nun die öffentliche und mündliche Verhandlung betrifft, so muß diese natürlich ihren Anhaltpunkt in den Untersuchungsacten haben; darnach wird die Anklage und die Vertheidigung, die Beweisführung und Gegenbeweisführung eingerichtet. Der Prozeß wird reconstruirt, soferne die Partheien nicht selbst auf das Eine oder Andere verzichten, oder soferne der eine oder andre Zeuge nicht mehr zu haben ist. Der Hauptzweck des Actes ist der, bei den Urtheilern einen sinnlichen Eindruck von den Dingen zu erregen, bei welchen die todte Erzählung nicht befriedigend genug, und Ergänzungen durch eigene Fragen so oft nöthig sind. Auch ist die Lehre, welche das Volk in der strengen aber menschlichen Behandlung der Verbrecher findet, eine der würdigsten Zwecke der Staatseinrichtungen. Es versteht sich, daß wir bei der von uns angenommenen Verwerflichkeit der Jury Rechtsmittel gegen die erste Sentenz für zulässig halten, und daß bei der Verhandlung der zweiten Instanz, soweit nicht nova vorkommen, eine öffentliche Reconstruction des Prozesses unnöthig ist. Dagegen sollen die Relationen öffentlich erstattet werden, sowie auch schon in der ersten Instanz eine Relation nöthig ist, welche die Lük-

Digitized by Google

ken ergänze, die etwa bei der öffentlichen Verhandlung nothwendig, oder durch die Zustimmung der Partheien eingetreten sind, und worüber das Nöthige aus den Untersuchungsacten angeführt werden muß.

Gibt es Verträge, welche nicht Obligationen, sondern andere Rechtsfolgen erzeugen, so daß man zwischen den obligatorischen und nicht obligatorischen Verträgen, wie einige Neueren sich ausdrücken, unterscheiden kann?

Wir wissen, daß, was das Privatrecht angeht, Verträge vorkommen

I. im dinglichen Rechte: die traditio selbst ist eine conventio, sie ist nämlich ein Vertrag, welcher unmittelbar Besitz verschafft, und daher nicht in einer bloßen Willenserklärung besteht. Nur ausnahmsweise verschafft eine bloße Willenserklärung auch Besitz, nämlich, wenn das factische Verhältniß in den Händen des Erwerbers schon da ist, und auch bei den negativen Servituten. Ob bei den andern Servituten die Willenserklärung genüge, oder zugleich die Begründung des factischen Zustands der Ausübung des Rechts nöthig sey, ist bestritten, und sicherlich hat dieser Streit, namentlich bei Hasse [1]), dazu beitragen, daß man auf den durch unsere Frage angedeuteten Unterschied gekommen ist. Es ist auch nicht zu läugnen

1) Derselbe spricht in seiner Abhandlung über diesen Gegenstand im rhein. Museum I. Band S. 100 und an andern Orten immer von dem dinglichen und obligatorischen Stoff, welcher beide in eine Stipulatio hineinpasse, wo aber doch, wenn der dingliche Stoff hineingepaßt sey, keine actio ex stipulatu, sondern eine actio in rem entstehe!

a. daß das pactum hypothecae neben der Obligation ein dingliches Recht begründet,

b. daß durch ein pactum liberatorium in Beziehung auf Pfandrecht und Servituten die wirkliche Aufhebung dinglicher Rechte erfolgen kann.

In dem ersten Falle aber ist kein Grund da, zwischen obligatorischen und nicht obligatorischen Verträgen zu unterscheiden, weil in der That aus einem solchen Vertrage unmittelbar eine Obligatio und nur daneben die Wirkung entsteht, daß jeder Besitzer der Sache die Folgen davon in Beziehung auf die Sache tragen soll [2]). Das Gleiche muß von denjenigen Gelehrten, welche die Erwerbung aller Servituten durch Vertrag gestatten, in Beziehung auf Servituten angenommen werden. Bei dem pacto liberatorio tritt ebenso immer ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen und die mittelbare Folge der Verlöschung einer qualitas rei imposita ein. Umgekehrt gibt es dingliche Rechte, welche von Obligationen begleitet sind, nämlich überall ist dies der Fall, wo das dingliche Recht in dem Gebrauche oder Besitze einer fremden Sache besteht; und doch ist noch Niemanden eingefallen zwischen dinglichen Rechten ohne und mit Obligationen zu unterscheiden. In der That kömmt practisch Alles darauf an, mit welchem Rechtsmittel eine Rechtswirkung durchzusetzen ist, und durch welches Rechtsmittel die Vernichtung eines Rechts, welches man aufheben will, eintritt [3]).

---

2) Aus dem pacto hipothecae folgt ja eine actio personalis und realis.

3) In letzterer Hinsicht unterscheidet man bekanntlich die Aufhebung ipso jure, durch Exception und durch Restitution. Uebrigens hat dieser Unterschied auf die Classification der Rechtsverhältnisse keinen Einfluß: wohl aber der Unterschied in Hinsicht auf die Klagen, womit die Rechte verfolgt werden, wovon weiter unten.

Digitized by Google

II. Es kommen Verträge im Familienrechte vor, z. B. der Ehevertrag, der Adoptionsvertrag. Der erste wird perfect durch den bloßen Consensus, wenn die Römer, die zunächst nach ihren Actionen classificirten, ihn auch nicht zu den Consensual-Contracten gestellt haben; aber wer will behaupten, daß der Ehevertrag zu den nicht obligatorischen Verträgen gehöre, weil die Römer wegen der persönlichen Verhältnisse der Eheleute keine actio gegeben haben, da sie es vorzogen, solche Differenzen durch die erleichterte Auflösung des Vertrages zu beseitigen? das Adoptionsgeschäft hat seine eigene Form und begründet die väterliche Gewalt, aber entstehen nicht mittelbar dadurch Obligationen? daß die Römer zur Geltendmachung persönlicher Verhältnisse zwischen adoptans und adoptatus keine Klage zuließen, hat seine bekannten Gründe, aber die Auseinandersetzung nicht beizulegender Differenzen ist durch das Mittel der Emancipation bewirkt. Auch im Familienrechte ist also kein Grund vorhanden, zwischen obligatorischen und nicht obligatorischen Verträgen zu unterscheiden.

III. In der neuesten Zeit hat Hasse, von dem der ganze Unterschied ausgegangen zu seyn scheint, und ihm blos nachschreibend Franke [4]) behauptet, auch im Erbrechte habe der Vertrag wenn er vorkomme, eine ganz andere Bedeutung wie sonst, d. h. es entstehe hier durchaus keine Obligatio, oder der Erbvertrag enthalte keinen obligatorischen, sondern einen Erbrechtstoff. Franke thut sich dabei ganz besonders viel auf seine Begriffe zu gut, und bemitleidet den Verfasser dieser Abhandlung, daß er so etwas nicht begreifen könne. Doch Geduld! Wie stehen die Ansichten im römischen Rechte?

a. Zur Begründung des Erbrechtes hielten die Römer bekanntlich den Vertrag für unzuläßig, und so ist in dieser Beziehung aus dem römischen Rechte für unsern Streitpunkt Nichts zu gewinnen. Hätten aber die Römer neben

4) Notherbenrecht Seite 217.

der einseitigen und widerruflichen Erbernennung die Vertragserbernennung gekannt, so ließe sich doch schwerlich etwas anders dabei denken, als ein Geschäft, welches den Erblasser obligirt, und welches zugleich ein Delationsgrund des Erbrechts ist, und welches folgentlich im besten Falle nebeneinander zwei Wirkungen erzeugt, 1) ein Vertragsrecht gegen den Erblasser unwiderruflich, wenn der Vertrag so eingegangen ist, widerruflich, wenn er anders eingegangen ist; 2) die hereditatis petitio, wenn mit dem Tode des Erlassers die Delation eingetreten und wie man wohl annehmen kann, die Acquisition gleich mit erfolgt ist, weil eine solche wieder schon in dem obligatorischen Verhältnisse des Vertrags liegt. Was enthält aber hiernach der Vertrag anders als obligatorischen Stoff! Auf ähnliche Weise behandelt in der That das französische Recht den Vertrags-Erben, so beschränkt die institution contractuelle ist, indem einerseits ein wahres Vertragsverhältniß, welches, wenn es nicht widerruflich geschlossen ist, die Disposition über die Güter durch einen unentgeldlichen Titel nimmt, (Art. 1083.) anderntheils aber dem Vertragserben eine Klage nach Analogie der hereditatis petitio gibt. (Zachariä Handbuch des frz. Civilrechts IV. Bd. S. 359 und 317.)

b. Ueber Erbverzichte im allgemeinen hat das römische Recht sich nicht speciell ausgesprochen, aber seine Grundsätze darüber sind aus allgemeinen Ansichten wohl zu erkennen. Man unterscheide: 1) der Verzicht findet vor der Delation statt, also auf ein künftiges Recht. Da die Delation oder Rechtsbegründung im Erbrechte nicht von dem Willen des Berechtigten abhängig ist, sondern sie beruhe auf Gesetz, oder Testament, ohne Mitwirkung desjenigen, welchem deferirt wird, geschieht, so kann die vor der Delation geschehene Verzichtleistung nur bedeuten, daß man seiner Zeit die Erbschaft nicht annehmen werde. Allein es ist sehr begreiflich, daß ein solcher Verzicht wohl zwischen dem gesetzlichen Erben und dem verzichtenden Testaments-Erben als ein Vertrag mit den gewöhnlichen Wirkungen vorkommen wird,

Digitized by Google

und nicht zwischen dem Erblasser und dem präsumtiven Erben, wenn nicht letzterer ein Pflichttheils-Berechtigter ist. Denn wenn dieser Fall nicht da ist, bedarf der Erblasser keines Verzichts, um seine Wünsche zu realisiren. Wenn z. B. ein Intestat-Erbberechtigter, der kein Pflichttheilsberechtigter ist, zu Gunsten der übrigen Intestaterben auf sein Erbrecht verzichtet, so ist es gewiß am klügsten, wenn der Erblasser in dieser Richtung ein Testament macht, oder wenn zwischen den Intestaterben, zu deren Gunsten verzichtet werden soll, und dem Verzichtleister ein Vertrag errichtet wird. Sollte aber ungeschickterweise ein Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtleistenden errichtet seyn, so ist es gewiß sehr unrecht, wenn Hasse und Franke auch mit Hinblick auf den usus modernus annehmen, daß durch das pactum das Erbrecht ipso jure erstickt werde, denn so wenig ein Erbrecht durch Vertrag erworben werden kann, so wenig kann es durch einen solchen vernichtet werden. Man denke nur an das Testaments-Erbrecht, kann dieses durch einen Vertrag aufgehoben werden? das günstigste Verhältniß, welches hieraus entspringen könnte, ist, daß die im Besitze der Hinterlassenschaft befindlichen Individuen zu deren Gunsten der Verzicht ausgestellt ist, dem Petenten die exceptio doli entgegensetzen: und selbst dieses ist dem Geiste des römischen Rechts zuwider, welches alle Verträge mit dem Erblasser über das Erbrecht verwirft, und die Practiker haben daher eine exceptio nur dann zugelassen, wenn das Verzichtversprechen durch den Eid bekräftigt sey, im Sinne des cononischen Rechts. Diese Sache verhalte sich übrigens, wie sie wolle, so ist es dem römischen Rechte gänzlich zuwider, aus einem solchen Verzichte eine Aufhebung des Erbrechts ableiten zu wollen. Was aber das deutsche Recht betrifft [5]), so ist es bekanntlich überhaupt zweifelhaft, ob die Lehre von den Erbverträgen gemeinrecht-

5) Dieses müssen Hasse und Franke natürlich in ihre Argumentation hineinziehen.

Digitized by Google

liche Bedeutung habe, aber jedenfalls müssen wir behaupten, daß die römischen Grundsätze über Testaments- und Intestat-Erbrecht dadurch nicht abgeändert worden sind, d. h., daß sowohl das Testaments- als das Intestaterbrecht durchaus blos nach römischen Grundsätzen begründet und aufgehoben wird [6]). Es kann also durch den Verzicht vor der Delation ein Testament nicht aufgehoben, und eben so wenig ein Intestaterbrecht durch Verzicht vor der Delation vernichtet werden, weil sonst das ganze System des römischen Erbrechts durch diese unsichere und positiv nicht gehörig begründete Einwirkung deutscher Gewohnheiten über den Haufen geworfen wäre. Bei dieser unserer Ansicht kann auch nicht zweifelhaft seyn, daß der Verzicht eines Pflichttheilberechtigten nach dem ausdrücklichen Verbote Justinians [7]) noch immer unwirksam ist, und daß es daher besonderer Argumente aus der Natur des Pflichttheilrechts und über den Grund jenes Verbots gar nicht bedarf [8]). 2) der Verzicht nach der Delation geschieht entweder als Ausschlagung der Erbschaft, und hat dann seine bekannten Folgen, oder gar erst nach geschehener Antretung und hier ist eine Restitution gegen die Erbantretung nöthig. Nach dieser kurzen Ausführung ist auch im Erbrechte kein Grund gegeben, den paradoxen Unterschied in obligatorische und nicht obligatorische Verträge zu machen.

Um begreiflich zu finden, daß nicht der Inhalt des Rechts den Unterschied zwischen Obligationen und anderen Privatrechten begründe, sondern etwas ganz anderes, mag man folgendes Verhältniß vor Augen nehmen. Wenn jemand eine Weg- oder Wassergerechtigkeit einräumen will, so kann er

6) Das deutsche Erbvertragsrecht ist ein in seiner singulären Richtung neben dem römischen Rechte bestehendes, nicht aber auf das Testaments- und Intestat-Erbrecht in seinen innern Grundsätzen abändernden Einfluß ausübendes Institut.

7) L. 35. §. 1. Cod de inoff. test.

8) Wieder anderer Meinung Franke. S. 319.

Digitized by Google

dieses, a. als Obligation, wenn das Recht als Miethe oder Leihe besteht, und weder dem Grundstücke selbst aufliegt, noch einem Grundstücke gebührt; es kann aber auch b. als persönliche Servitut gegeben seyn, wenn es dem Grundstücke aufliegt, aber nur einer Person auf Lebenszeit gebührt, und es kann endlich c. als Prädialrecht constituirt seyn. Der Unterschied liegt also nicht in dem Inhalte oder Objecte des Rechts als vielmehr darin, gegen wen und von wem es geltend gemacht werden kann. Die Obligation ist nur ein Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, welches schon durch die Anwendung der Cession in der neuen Gestalt gleichsam entartet ist. Im Uebrigen ist die Obligation ein ganz allgemeines Rechtsverhältniß und kann ohne Verstoß gegen ein gutes System in den allgemeinen Theil, wenigstens hinsichtlich der für alle Obligationen gemeinsamen Rechtsverhältnisse gestellt werden, wie auch Thibaut gethan hat. Es ist zwar wahr, daß gewisse Verhältnisse ihrem Inhalte nach nur obligatorisch bei den Römern zu Stande zu kommen pflegten, und daß ebenfalls gewisse nach Inhalt und Umfang karakterisirte Verhältnisse als absolutes Recht erscheinen, wie wir z. B. bei dem gewöhnlichen Zeitpacht einerseits und bei dem Erbpacht andrerseits sehen, und so hat es vielen nicht befriedigend geschienen, wenn man mit Thibaut das dingliche Recht als ein solches bezeichnet hat, welchem eine actio in rem zustehe, und das Obligationenrecht als ein solches, welches eine actio in personam für sich habe. Die Römer haben auch in der That nicht so durchgreifend gedacht, sondern ihre actiones nach der Art und Weise, wie die Rechtsgeschäfte gewöhnlich eingegangen werden, im Einzelnen als actiones in rem oder personam ausgebildet, und dabei immer einen von der Willkühr der Partheien unabhängigen Standpunkt angenommen. Ein Miethverhältniß hat eine actio in personam zur Folge, und nie eine actio in rem, auch wenn die Partheien das Letztere wünschen sollten. Auch hierin kann die Legislation fortschreiten und das preußische Landrecht hat schon Anregung dazu gegeben. Wenn näm-

Digitized by Google

lich einmal das System der Intabulation die dinglichen Rechte constituiren wird, dann wird man auch ein gewöhnliches Zeitmieth- und Pachtverhältniß leicht zum dinglichen erheben können, und dann wird sich recht klar zeigen, wie der Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechtsstoff ein reines Gebilde zu kühner Phantasie ist [9]).

Ueber Testamentsexecutoren.

§. 1.

Es möchte nicht leicht eine Lehre geben, die so sehr der wissenschaftlichen Bearbeitung bedürfte, wie die eben angezeigte. Dies kömmt daher, weil die Germanisten sie den Civilisten überlassen haben, welche im corpus juris keinen rechten Anhaltspunkt dafür fanden, und weil die Canonisten, die noch am meisten dafür thaten, aus guten Gründen zu wenig Rücksicht auf die historische Richtung der Sache nahmen.

§. 2.

Der Ausdruck: „Testamentsexecutor" kömmt im römischen Rechte nicht vor. Gewöhnlich provocirt man auf eine Novelle des Kaisers Leo (68) Ut Monachi et Clerici tutores esse possint: sed ab administratione ac pupillorum rectione arceantur. Hier kömmt folgende Stelle vor:

> sed hos etiam, quibus testatores, bona illorum existimatione moti, testamentarias de rebus suis praescriptiones committunt, ac post mortem earum executionem concredunt, tutores vocare coeperunt.

9) Nach unserer Ausführung dürfte auch der §. 353 des Makeldey'schen Lehrbuchs, wenn es dort heißt: „Hier ist nur von solchen Verträgen die Rede, wodurch Obligationen begründet werden," besser eine andere Fassung erhalten.

Digitized by Google

Uebrigens sieht man aus dieser Novelle, daß der Anfang und die Ausbildung dieses Instituts auch im Orient dem Interesse und den Plänen der Geistlichkeit zuzuschreiben ist, wie wir für den Occident weiter unten ausführen werden.

In der justinianischen Sammlung ist nicht die entfernteste Spur von demjenigen, was wir Testaments-Executor nennen. Das reine Mandatsverhältniß über den Tod des Mandans, so nämlich, daß die obligatio ex mandato oder die Vollziehung derselben erst dann anfangen sollte, war vor Justinian gegen die Principen des römischen Rechts, wie wir nunmehr ganz besonders bestimmt aus Gajus [1]) wissen; und wenn Justinian auch hierin Aenderungen vorgenommen hat [2]), und wenn selbst einzelne Stellen in den Pandecten deshalb interpolirt seyn mögen, so hat dies sehr natürlich doch nicht so weit führen können, ein eigenes Institut im Erbrechte zu begründen. Dabei hing man noch zu eifrig an der Consequenz des altrömischen Rechts, wodurch der Erbe in jeder Beziehung unmittelbar die Person des Verstorbenen fortsetzt, und außer dem Curator hereditatis jacentis eine Zwischenperson nicht vorkommen sollte. Wenn ein Dritter für den Erblasser nach seinem Tode etwas besorgen sollte, so mußte man diesen, wenn man sicher seyn wollte, mit einem Legat oder Fideicommiß honoriren, um ihn oneriren zu können: war man außerdem der fides des Onerirten gewiß, so konnte man ihm wohl ohne weiters ein Ministerium aufladen. Der Hauptunterschied bestand dann darin, daß, wenn jemand als Legatar oder Fideicommissar onerirt war, und er die Auflage nicht erfüllen konnte, das Legat oder Fideicommiß natürlich bei ihm blieb, während der Minister nichts bekömmt, und falls ihm eine Belohnung für seine Mühewaltung ausgeworfen wäre, der Erbe diese nicht auszubezahlen braucht, wenn der Dienst nicht geleistet wird [3]). Wie man auch nicht auf dem Wege

1) Com III. §. 158.
2) Civilistisches Archiv VI. Bd. 2. Heft S. 237.
3) L. 17. pr. D. 31.

des Fidei-Commisses dasjenige realisiren konnte, was wir eigentlich Testamentsexecution nennen, geht besonders aus L. 78. §. 1. D. 36, 1. hervor:

> Maevia duos filios heredes reliquerat, et eodem testamento ita cavit: Fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium (quos etiam si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis) ut hi restituant nepotibus meis: prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione; vel si unus, ei omnem. Quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Seio debeat? Respondit, secundum ea, quae praeponerentur, Lucium Titium item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.

Mit Recht sagt Faber in den err. pragm. [4]): der Testamentsexecutor solle potestas und auctoritas haben, nicht blos fides und ministerium prästiren. Um den Testamentsexecutor mit den Grundsätzen de römischen Rechts zu vereinigen, hat man wohl schon seit Bartolus Zeit und vielleicht früher [5]) den gewöhnlichen oder nudus executor von dem executor universalis unterschieden, welcher heredis loco sey, und so das Recht der Distribution des Vermögens habe. Dabei ist noch zu bemerken, daß die Römer auch dem arbitrator in Erbschaftsangelegenheiten eigene Grenzen steckten. Der Hauptsatz war L. 32 pr. D. 28, 5:

> Veteres decreverunt, testamentorum jura per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

Sie ließen zwar der Institution in Form einer Potestativbedingung eine Beziehung auf einen Dritten geben, und dadurch etwas von dessen Willen abhängig werden; so sagt Ulpian L. 1. pr. D. 31:

> In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest!

4) Decad. 66. cap. 6.

5) Bartolus ad leg. alio herede Dig. de alimentis.

allein einige Juristen wollten doch, daß die Bedingung nicht plump mit „si voluerit“ ausgedrückt sey, sondern durch Hinweisung auf eine Handlung gestellt werde, „si Titius in Capitolium ascenderit“ in welcher Richtung man dann auch das Rechtssprichwort anwendete: Expressa nocent, non expressa non nocent [6]); aber Ulpian fand es eigentlich inconsequent, zwischen der reinen Potestativbedingung und der nicht in der bloßen wörtlichen Willenserklärung sich äußernden Potestativbedingung einen Unterschied zu machen, und dies ist der Standpunkt der nicht aufzulösenden römischen Controverse, wobei Ulpian sehr natürlich noch wollte, daß die reine Potestativbedingung nicht auf den Onerirten gestellt werde, indem sonst eine wahre Obligatio nicht gedacht werden könne [7]). Aus diesem geht für unsern Zweck genügend hervor, daß man nach römischem Rechte nicht auf einen Dritten absolut verweisen konnte, welcher den Erben ernennen, und unsre Angelegenheiten nach dem Tode in Gemäßheit seines Willens besorgen sollte, wie doch ursprünglich in Beziehung auf den Testamentsexecutor angenommen wurde, und weiter unten dargestellt werden wird. Endlich ist noch des dispensator legatorum Erwähnung zu thun. Es ist dies kein technischer Ausdruck, aber ein entsprechendes Wort für dasjenige, was damit ausgedrückt werden soll, und ein in der juristischen Latinität wohl gebräuchlicher Ausdruck, wie aus Festus, Brissonius und Facciolati hervorgeht. Der Dispensator hat nämlich die Vertheilung und Verrechnung der gewöhnlich an eine nicht durch individuelle Bezeichnung bestimmte Reihe von Bedürftigen ausgesetzten Legate zu besorgen. Der Erblasser konnte die Person des Dispensator bestimmen; hatte er sie aber unbestimmt gelassen, so waren für die Legate zum Besten der Armen, Gefangenen und analog wohl auch für die in anderer wohlthätiger Tendenz ausgesetzten Vermächtnisse, der Bischof oder dessen Oeconomi [8])

6) L. 68. D. 28. 5. L. 52. D. 35. 1. L. 195. D. 50. 17.

7) L. 1. pr. D. 31. L. 43. D. 30.

8) L. 28. 49. cod. 1. 3. nov. 131. c. 11.

beſtimmt. Der vom Teſtator angeordnete Dispenſator kann entweder ein Miterbe ſeyn, welchem allein der Teſtator dieſe Laſt aufgelegt hatte, oder ein extraneus, welcher wegen dieſer Laſt ein Legat empfangen hatte, oder ein ſolcher, der blos als Miniſter, wie die Geſetze ſich ausdrücken, oft nur praesentem ac momentariam curam übernahm [9]). Cujacius nennt dieſe Dispenſatores Teſtamentsexecutoren [10]), aber mit Unrecht, wie die weitere Ausführung zeigen wird. Ob der bloße Miniſter ein legatorum petitio d. i. eine gegen die Erben zu richtende Klage habe, iſt in den Pandecten in Beziehung auf die terminlichen Alimentslegate affirmativ entſchieden [11]), und doch wohl auch weiter auszudehnen, denn in der angeführten Stelle iſt nur geſagt, daß, wenn ein Erbe ernannt ſey, ein andrer nicht mit der Reſtitution der ganzen Erbſchaft beauftragt werden könne, wobei man ja die Urſache des natürlichen Widerſpruches leicht erkennt. Daher hat auch ſchon Bartolus eine actio in factum angenommen, ſie aber noch durch den Beiſatz: extraordinaria, karakteriſiren wollen, weil er glaubte, die L. 9. pr. D. 34. 1. ſtehe entgegen. Dies ſind im Kurzen die Grundſätze des römiſchen Rechts, welche unſern Gegenſtand gleichſam berühren.

§. 3.

Die Geiſtlichen lebten bekanntlich zwar nach römiſchem Rechte, aber ausnahmsweiſe wurden ſie im Mittelalter nicht ſelten genöthigt, ſich einem Inſtitute des germaniſchen Rechts zu unterwerfen. Der berühmte Canoniſt Dürr zeigt in ſeiner dissert. de manufidelibus in specie Ecclesiasticorum tum Principum tum Privatorum in Germania [12]), vortrefflich, warum die Geiſtlichen in Beziehung auf die Regulirung ihrer Nachlaſſenſchaft einem deutſchen Inſtitute ſich unterwerfen mußten: und warum zugleich dieſes Inſtitut von dem

9) ἐπουρχος in den Baſiliken genannt, ad L. 17. D. 31. cf. L. 8. D. 34. 1.

10) Opera omn. Neap. tom. I. pag. 1272.

11) L. 9. pr. D. 34. 1.

12) Schmidt thesaurus juris ecclesiastici tom. VI. pag. 329.

Digitized by Google

canonischen Rechte begünstigt wurde. Nichts zog in der Welt bis herunter auf die Reformation und neueste Säcularisation mehr scheele und lüsterne Augen auf sich, als das Vermögen der Geistlichkeit. Ohne hier vom Kirchenvermögen zu sprechen, wollen wir gleich auf das Privatgut des Geistlichen hinsehen. Es ist bekannt, daß die Kirche selbst das von dem Beneficial- und andern durch die Kirche bewirkten Einkommen erworbene Vermögen der Geistlichen als peculium profectitium ansah, daß daher der Clerus gleichsam nur die Rechte des Administrators daran hatte, und höchstens zu wohlthätigen Zwecken im Interesse der Kirche darüber mortis causa verfügen konnte [13]). Daher wachte schon die Kirche durch ihre Bischöfe darüber, daß von diesem Vermögen ihr nichts entgehe, und den Geistlichen war von dieser Seite der Weg versperrt, ihren Anverwandten oder andern Personen etwas zuzuwenden. Man sieht aber hierin sehr gut, wohin es führt, wenn das Erbrecht auf irgend eine Weise gestört ist, und in unsrer Zeit könnten wohl die St. Simonisten daraus eine gute Lehre abstrahiren. Das Gut der Geistlichen zum Heimfall an die Kirche bestimmt, wurde von den mächtigen sowohl als nichtmächtigen Weltlichen nach dem Tode des Inhabers als eine Art von herrlosem Gut angesehen, ausgeraubt und geplündert, bevor die Kirche herbeikam. Dabei griffen selbst die geistlichen Freunde des Verstorbenen zu, und man nannte diese Gewohnheit in Bamberg Ripsraps, und es entstand das Sprichwort: Pfaffenguth Raffenguth, Teubel halt den Sack uff. Bei diesem Stande der Dinge war es ziemlich natürlich, daß die Kirche Nichts dagegen hatte, daß den Geistlichen zum Schutze gegen solche Eigenmächtigkeiten von der weltlichen Macht das Privilegium zu testiren bewilligt wurde, obgleich ziemlich fruchtlos, da jene Zeit

13) Thomassinus in vet. et nov. Eccl. disc. part. III. L. 2. cap. 18. 19. van Espen J. Eccl. un. tom. I. part. 2. tit. 32. Abbé Fleury dans l'Histoire eccles. et instit. du droit eccl. tom. I. part. 2. chap. 10. 11.

nicht geneigt war, von den einmal eingerissenen frivolen Gebräuchen der Eigenmacht zu lassen [14]). Daher blieb den Geistlichen Nichts übrig, als sich treuen und mächtigen Freunden anzuvertrauen, diesen ihr Gut unter einer wohl respectirten germanischen Rechtsform überlassend, die wieder im Sinne des Verstorbenen es zu verwenden hatten.

§. 4.

Diese Freunde nennt der Canonist manufideles ecclesiastici, ohne jedoch ihre juristischen Spuren weiter zu verfolgen. Vielmehr sucht der Canonist blos die Verarbeitung dieser Ideen im Particularkirchenrecht zu zeigen, weil die Decretalen selbst sehr kurz die Sache berühren. Es ist eine bekannte Sache, daß das Recht der Hierarchie überall an das Bestehende anzuknüpfen gewohnt war — der sicherste Weg des Gesetzgebers, seine Zwecke auf die Dauer zu erreichen. Daher lassen sich die Sätze des canonischen Rechts fast alle auf das frühere römische oder germanische Recht zurückführen. Dieses für unsern speciellen Zweck auszuführen, sey das eigentliche Verdienst unsrer Abhandlung.

Der manufidelis, Treuhänder, hat seine juristische Grundlage in dem deutschen Institute der Gewähr. Dieses in der neuesten Zeit wieder sorgsam angeregte Rechtsverhältniß bietet in Beziehung auf unsern Gegenstand den Unterschied dar, ob Jemanden durch die Gewähr unmittelbar die bestimmten Rechte übertragen werden sollten, oder ob die Uebertragung durch die Vermittelung eines andern vor sich gehen solle. In dem letztern Falle mußte dieser Mittelsmann selbst die Gewähr haben, und seine Gewähr nannte man die Gewähr oder Gewer zur treuen Hand. Er selbst hieß Treuhänder, Salmann, delegator, mediator, conservator, executor, fidejussor, saleburgio [15]). Ausser den in der Note angeführten Schriftstellern hat diese wichtige

14) Dürr l. c. §. V. VI.

15) Albrecht, von der Gewer, S. 245. Philipps Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts S. 182. Haltaus Glossarium voce. Treue Hand. Salman.

germanische Rechtslehre besonders gut behandelt Dreyer in seiner Sammlung vermischter Abhandlungen zur Erläuterung der deutschen Rechte und Alterthümer wie auch der Critic und Historie I. Theil S. 912. [16]), wo er das Verhältniß der Gewer zur treuen Hand zu den ähnlichen Rechtsgeschäften des römischen Rechts angiebt, und dabei ausdrücklich bemerkt, daß das Institut häufig auch zur Vollziehung des letzten Willens gebraucht worden, wie die von ihm angeführten Urkunden und Schriftsteller hinlänglich beweisen. Bei dieser Gelegenheit wollen wir nur bemerken, wie dieses deutsche Institut auch eine eigene Bedeutung im deutschen Criminalrechte zurückgelassen hat, indem sich daraus hauptsächlich die eigene Natur der deutschen Veruntreuung, die unter dem Namen der Unterschlagung bekannt, und vom Diebstahl und Betrug sorgfältig unterschieden ist, herausstellt. Doch dieser Punkt gehört nicht hieher. Also auf ein deutsches Rechtsinstitut mit allen seinen Eigenheiten berief sich die Geistlichkeit, um Schutz und Anerkenntniß ihres letzten Willens zu finden. Es war also nicht von einem Testamente die Rede, in welchem der Vollzieher oder Ausrichter des letzten Willens ernannt wurde, nicht von einem römischen Fiduciarius oder Legatarius oder Minister, sondern von der gewöhnlichen deutschen Ueberlassung mortis causa, wornach die Gewere an den Erbschaftssachen im Augenblicke der Delation d. i. des Todes, ohne daß man im Besitze zu seyn brauchte, erworben wird [17]), natürlich hier blos zur treuen Hand, was aber keine andere Bedeutung hat, als daß der Treuhänder den Willen des Verstorbenen, wenn er nicht in ein eigenes Verbrechen fallen will, erfüllen muß.

§. 5.

Die vertragsmäßige Erbschaft des deutschen Rechts grün-

16) Damit zu vergleichen ist auch eine Abhandlung von Gruben in den teutschen Alterthümern zur Erläuterung des sächsischen auch schwäbischen Land- und Lehenrechts Cap. I. von denen gerichtlichen Verlassungen §. 9.

17) Albrecht S. 32. Le mort saisit le vif.

dete sich sicherlich auf diese Gewerben, und wurde als solche eigenthümlich fortgebildet, aber zum großen Theil durch den Einfluß des römischen Rechts verdrängt. Das canonische Recht griff die Sache in folgendem natürlichen Interesse auf. Sowie es nämlich für Weltliche und Geistliche die Testamentsform durch die geistliche Auctorität der Gewissensräthe in wohlverstandenem Interesse der Kirche feststellte, (testamentum coram parocho et duobus testibus) ebenso sollte hinsichtlich des Inhalts der letztwilligen Anordnungen die wohl überlegte Erleichterung eintreten, daß der letzte Wille selbst in das arbitrium tertii gestellt werden dürfte. Es war ja dies Nichts anders, als die Anwendung des deutschen Treuhänders. Besonders für die Geistlichen war aus den im vorigen §. angegebenen Verhältnissen dieser Weg geöffnet, aber es läßt sich nicht, wie Glück meint [18]), erweisen, daß das cap. 13. X. de testamentis das Recht der Laici gar nicht habe berühren sollen. Der Kirche konnte nichts genehmer seyn, als das Institut der manufideles und arbitratores, weil der Geist der Zeit es mit sich brachte, daß diese Seelwärter, wie sie auch genannt wurden, diejenigen nicht vergaßen, die das Band dieser Erde mit dem höheren Leben knüpfen und bewahren. Daher man auch die Frage, ob nicht nur clerici, sondern ob auch monachi solche Seelwärter seyn könnten, sowohl im Occidente als im Oriente affirmativ beantwortete, und dahin allein tendirte die berühmte Leon'sche Novelle 68. — Im Uebrigen ist es richtig, daß die manufideles von den Geistlichen besonders gebraucht wurden, und daß es in einzelnen Diöcesen Sitte war, daß an einem bestimmten Tage im Jahre von den Geistlichen durch einen Notariatsact die manufideles bestellt wurden [19]). Und damit dieses Alles auch in der Consequenz mit dem alten Kirchenrechte geschehe, wornach das Vermö-

18) Zuletzt in seinem Pandecten-Commentar 34. Theil §. 1406.

19) Dürr cap. III. §. II. In einigen Diöcesen war sogar den Geistlichen die Anordnung eines Manufidelis geboten, wie Dürr für Eichstaedt nachweißt.

Digitized by Google

gen der Geistlichen der Kirche gehört, so solle dem Bischof ein mortuarium [20]), (ferdo [21]) et numus) hinterlassen werden.

Als nun das römische Recht der Testamente mit diesen Gewohnheiten und Gebräuchen in Verbindung gesetzt werden sollte, nahm man ohne weiteres an, daß in der gewöhnlichen Testamentsform und neben der Erbeinsetzung ein Vollzieher des letzen Willens angeordnet werden könne, und die Decretalen setzten dieses überall als bereits bestehendes festes Recht voraus [22]): ja ein Testament kann nach canonischem Rechte offenbar so gemacht werden, daß die Ernennung des Erben und die Vertheilung von Legaten in den Willen eines andern gestellt werde, was jedoch die deutsche namentlich reichskammergerichtliche Praxis nicht soweit hat kommen lassen wollen, daß der Dritte nach dem Tode des Erblassers für diesen erst ein wirkliches Testament errichte [23]).

§. 6.

Wenn es sich nicht fehlen konnte, daß bei der Vermischung römischer und germanischer Institute besonders im Erbrechte Unverlässigkeiten und ein schwankender Zustand eintraten, so ist doch in unserm Gegenstande die Verwirrung dadurch auf das höchste gestiegen, daß von den Legisten der Glosse bis auf die Gelehrten unsrer Zeit diese Lehre auf die verschiedenste Art romanisirt wurde. Man unterschied hauptsächlich folgende Richtungen von einander:

a. die Einsetzung eines Testamentsexecutor ohne Erbernennung. Dieses ganz unrömische Verhältniß sollte so mit römischen Grundsätzen ausgeglichen werden, daß der Testamentsexecutor als fiduciarius behandelt und heredis loco angesehen werde. Man gebrauchte hier gewöhnlich den Ausdruck executor universalis. Dies läßt sich finden bei Barto-

20) Cap. 14. 15. X. de testam. Dürr l. c. §. IV.

21) Schmidt animadversiones in thesauro tom. IV. pag. 379.

22) Z. B. cap. 19. X. de testam. und Gonzalez Tellez ad cap. 3. X. de testam.

23) Cramer Wetzlarische Beiträge 3. Theil Nr. XII. S. 62. — 75.

lus, ferner bei Cinus, dem Lehrer des Bartolus, bei Dinus, dem Lehrer des Cinus und weiter rückwärts und auch die neuesten, wie z. B. Lauterbach der Vater in seiner weitschweifigen Dissertation (tom II. der diss. academ.) sind nicht davon abgekommen. Selbst der scharfsinnige Faber in seinen errores decad. 66. err. 6 — 10, wo er wie gewöhnlich mehr kritisch als historisch und dogmatisch von dem Testamentsexecutor handelt, läßt sich auf diese Ansicht ein.

b. Die Einsetzung eines Testamentsexecutors als Legatar und in der Art, daß ihm die Last auferlegt ist, die Erben in der Vollziehung des letzten Willens zu controlliren, oder einzelne Geschäfte statt der Erben zu besorgen. Dies ist aber der deutsche Treuhänder nicht, sondern ein gänzlich nach römischen Ideen gebildetes Institut.

c. Die Einsetzung eines Testamentsexecutors, welcher neben den Erben ernannt ist, und welcher weder als Legatar noch als Minister für einzelne Verrichtungen im römischen Sinne angesehen werden kann. Diesen, welchen man oft auch den nudus executor genannt hat, wollte man größtentheils nach der Analogie des Tutor behandeln, und hat hiernach eine Reihe von Fragen entschieden, z. B. ob ein Weib Testamentsexecutor seyn kann, ob ein Weib, welches zur zweiten Ehe schreitet, die Testamentsexecution verliert, ob ein solcher Testamentsexecutor im Codicill ernannt werden kann, ob die Pflicht des Executors auf die Erben übergehe u. s. w. Besonders wichtig aber ist die Frage, ob und welche Klagen ein solcher Testamentsexecutor gegen die Erben habe, und umgekehrt, wie die Erben und Vermächtnißnehmer, auch Gläubiger sich an ihn halten können. Neuere machten sich die Sache dadurch leicht, daß sie überall auf das nobile officium judicis verfielen.

§. 7.

Merkwürdig ist es, wie das Institut durch die ganze Welt verbreitet ist. Man hat dem Testamentsexecutor nicht selten den allgemeinen aber unrömischen Namen, Testamentarius gegeben, im mittelalterischen Latein hießen die Testa-

Digitized by Google

mentsexecutoren auch Gadiatores oder Gardiatores, im Portugiesischen Testamenteiros, in Spanien Cabezaleros, in Venedig Furnitores, im griechischen Recht ἐπιτροποι (tutores), in Frankreich executeur du testament, in Deutschland Ausrichter und Vollzieher des Testaments. Daher kann nicht gezweifelt werden, daß dieses Institut als ein fast überall practisches in seinen einzelnen Rechtssätzen genauer, als bis hieher gewöhnlich geschehen, zu erforschen ist. Vor Allem muß man davon ausgehen, daß das Institut dem Gewohnheitsrechte angehört, und daß daher der particuläre Standpunkt vor Allem aufzusuchen ist, wobei wir bemerken, daß viele deutsche Land- und Stadtrechte darüber disponiren. Auch der Code Napoléon hat diese Lehre bestimmt, und die Commentatoren erkennen an, daß sie in Frankreich aus dem Gewohnheitsrechte komme [24]). Nach dem Code ist der Testamentsvollzieher der alte deutsche Treuhänder jedoch nur hinsichtlich des Mobiliare [25]), im Allgemeinen aber soll er den Erben gegenüber als ein Promovent und Controlleur in der Vollziehung des letzten Willens angesehen werden, und daher bei den Prozeßangelegenheiten über die Vollstreckung des letzten Willens als Intervenient auftreten können [26]). Im Uebrigen sind viele einzelne Punkte nach der unter den Romanisten herrschenden Analogie zur Tutel entschieden, und die dabei gelegentlich aufgeregten Controversen, z. B. ob ein Weib Testamentsexecutor seyn könne [27]), ob Recht und Pflicht auf die Erben des Executors übergehe [28]), erledigt; ohne daß andrerseits die Lehre selbst genau umfassend, und principfest ausgebildet wäre.

---

24) Zachariä Handbuch des franz. Civilrechts IV. Bd. §. 715 in der Note 1, mit dessen Ansichten im Einzelnen wir jedoch nicht übereinstimmen können.

25) Art. 1026. 1027. Der badische Gesetzgeber gebraucht sogar den Ausdruck Treuhänder.

26) Art. 1031.

27) Art. 1029.

28) Art. 1032. Vergl. auch Art. 1033. 34.

Digitized by Google

§. 8.

Zuletzt wollen wir nur noch einen Blick auf die Grundsätze werfen, die als gemeinrechtlich in dieser Lehre für Deutschland ausgegeben werden.

I.

Hinsichtlich der Bestellung.

Gewöhnlich lehrt man, es gebe hiernach 4 Arten von Testamentsexecutoren conventionales, testamentarios, legitimos und dativos [29]). Zum Theil hat diese Lehre einen sicheren historischen Grund, zum Theil ist sie willkührliche Nachbildung zur Lehre von der Tutel. In der ersten Hinsicht ist es gewiß, daß die Gewere zur treuen Hand den Standpunkt eines zweiseitigen Geschäfts hat, und daß daher das deutsche Gewohnheitsrecht die vertragsmäßige Ernennung des Testamentsexecutors kennt. Auch ist nicht zu zweifeln, daß man in einem Testamente von der Glosse her die Bestellung eines Testamentsexecutors zugelassen hat, jedoch muß im Testament über die Erbeinsetzung selbst entweder unmittelbar oder durch Aufstellung eines bestimmten arbitrator im Geiste des canonischen Rechts Vorsorge getroffen seyn. Auch ist nicht zu läugnen, daß die Bischöfe und deren oeconomi als gesetzliche Specialvollzieher der Anordnungen zu gewissen frommen Zwecken nach dem Rechte des Codex und der Novellen anzuerkennen sind. Aber die Executores dativi sind eine bloße Nachbildung des tutela dativa [30]), und sie entbehren daher eines sichern historischen Fundaments. Unsicher scheint uns in gleicher Rücksicht die Behauptung, daß jeder Testamentsexecutor werden könne, welcher die Fähigkeit hätte, die Tutel zu übernehmen, sowie, daß die Testaments-Execution ebenso ein munus publicum sey. Richtiger ist wie-

29) Vorzüglich Lauterbach in seiner dissert., auf welche sich alle Neueren berufen. Uebrigens vergl. man das Lehrbuch von Thibaut §. 845. u. v. Wennig §. 471.

30) Nur da hat man aus andern Grundsätzen einen dativus angenommen, wo eine Vertheilung nöthig, und kein legitimus da ist, oder der legitimus nicht will.

Digitized by Google

der die Ansicht, daß Testamentsexecutoren für die Arbitrirung und Vollziehung des ganzen Nachlasses im Geiste des canonischen Rechts bestellt werden können, sowie daß Testamentsexecutoren für einzelne Geschäfte im Sinne der römischen Ministri angeordnet werden dürfen. Nur darf in der ersteren Hinsicht nicht das Verhältniß der, nach allgemeinen prozessualischen Grundsätzen entscheidenden Schiedsrichter (arbiter compromissarius), sondern das ganz davon verschiedene des freien arbitrator, in dessen billiger Willkühr, wie so oft im römischen Vertragsrechte Alles ruht, verstanden werden. Nehme man die Testamentsexecutoren mehr nach dem canonischen Standpunkte der arbitratores oder mehr nach dem von den Romanisten oft gesuchten der fiduciarii, so erscheinen sie doch immer heredis loco, und daher sollte man wohl auch als Regel aufstellen, daß sie erbfähig seyn müssen, wobei man natürlich die in Gesetzen oder im Gewohnheitsrechte getroffenen Ausnahmen anzuerkennen hat. So hat man z. B. im allgemeinen angenommen, daß auch Mönche Universalexecutoren seyn können, nur die Franziskaner und andere Bettelmönche, die kein Geld tragen sollen, wollte man deshalb davon ausschließen [31]). Ebenso sollte man bei denjenigen Testamentsexecutoren, die als heredis loco stehend angesehen werden, nicht zugeben, daß sie als Testamentszeugen erscheinen, denn wenn auch v. Löhr nachgewiesen hat, daß die pro herede geltenden fideicommissarii Zeugen seyn können, so sind die Universalexecutoren, wenn auch vielleicht persönlich weniger interessirt, doch mehr nach dem Standpunkte des fiduciarii hier zu beurtheilen. Solche Universalexecutoren kommen übrigens gewiß sehr selten bei uns vor, weil sie nur bei den Geistlichen in Uebung gewesen zu seyn scheinen, und weil die gemeinrechtliche Gültigkeit einer solchen Anordnung als letztwillige Verfügung bis in die neueste Zeit, wenigstens insofern sie als ein Stellen in arbitrium alterius hervortrat, sehr bezweifelt und bestritten war-

31) Lauterbach in diss. acad. tom. II. pag. 1593.

Digitized by Google

den ist. Was die Concurrenz der conventionales, testamentarii und legitimi betrifft, so ist vorerst zu bemerken, daß die letztern nur für besondere Fälle und unter der Voraussetzung, daß keine willkührliche Bestellung vorhanden ist, bestimmt sind. Bei der Concurrenz der vertragsmäßigen und testamentarischen aber kömmt es vor Allem darauf an:

a. ob die Bestellung nur auf die Führung einzelner Geschäfte, die gleichsam auftragsweise dem Executor zugewiesen werden, geht, oder ob der Testamentsexecutor heredis loco handeln kann, sodann darauf,

b. ob im Vertrage eine Revocation vorbehalten ist, oder nicht.

Da nicht überall die vertragsmäßige Erbernennung gilt, so wird der heredis loco erscheinende Testamentsexecutor oft nur in einem Testamente ernannt werden können, wenn nicht von einem vertragsmäßig zu constituirenden Ministerium für einzelne Geschäfte die Rede ist, wo natürlich der Vertrag vorgeht, wenn nicht die Revocation vorbehalten ist, in welchem Falle das spätere abändernde Testament oder Codicill den ältern Vertrag aufhebt.

II.

Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses.

Darin sind alle Partheien einig, daß das Rechtsverhältniß des Testamentsexecutors nicht als ein eigenthümliches im System des Rechts anzusehen, sondern analog zu behandeln ist. Dabei ist gewiß, daß der antike Standpunkt der Gewer zur treuen Hand durch den Einfluß römischer Grundsätze verdrängt ist, und selbst die Bearbeiter des Code Napoleon haben ihn trotz der Andeutung im Gesetzbuche selbst verlassen. Aber zuviel hat man romanisirt, wenn man in Beziehung auf die paar Fälle im Codex, wo ein dispensator patrimonii vel legatorum eintritt, den executor ad pias causas von dem Executor ad profanas causas hat unterscheiden, und nur dem ersteren actiones und einen festen juristischen Karakter hat einräumen wollen. Nach unsern Ansichten ist so zu unterscheiden:

Digitized by Google

1) Der executor universalis, der keinen Erben zur Seite hat [32]). Dieser muß sich wie der Erbe, wenn er nicht vertragsmäßig gebunden ist, erklären, hat dann das Recht zur Besitzergreifung, utilem hereditatis petitionem actiones utiles gegen die Schuldner [33]), kann aber auch von den Betheiligten wie der Erbe belangt werden, hat aber, wenn er die Erbschaft restituirt hat, die Exceptionen, die dem fiduciarius zustehen, im übrigen keineswegs alle beneficia des Fiduciars.

2) Der executor für alle Erbschaftsverhältnisse, welcher Erben zur Seite hat, wird verbunden ex contractu vel quasi, kann aber nicht anders angesehen werden, wie ein Geschäftsführer, der durch die Anordnung des Testators in ein bestimmtes Obligationsverhältniß zu den Erben gebracht ist.

3) Der executor, der zugleich Legatar ist, oder nach römischen Grundsätzen ein Ministerium für einzelne Zwecke leistet. Hier findet das im §. 1. angeführte römische Recht Anwendung.

4) Andere Specialexecutoren, die oft auch die Stelle des Arbitrator in einzelnen Dingen vertreten. Diese haben keine Klagen gegen die Besitzer der Erbschaftssachen und gegen die Erbschaftsschuldner, wenn nicht gerade darauf ihre Geschäftsführung geht. In Hinsicht auf diese entscheidet überhaupt die Analogie zum Mandat: in Hinsicht auf die Rechte und Pflichten des arbitrator aber sind die bekannten allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts anzuwenden: also kann in der Regel der arbitrator zur Abgebung seines arbitrium nicht gezwungen werden, er kann das arbitrium auf sich selbst richten, wenn keine Beschränkung von Seiten des Erblassers da ist [34]). Die Grundsätze von der electio finden oft analoge Anwendung.

---

32) Zugelassen muß ein solcher nach den Ansichten des canonischen Rechts über das arbitrium tertii werden.

33) Damit stimmen auch überein die Practiker und alle älteren Schriftsteller, wie man bei Lauterbach cap. IX. sehen kann.

34) Lauterbach cap. IX. N. 73.

Digitized by Google

Im Allgemeinen ist für alle Arten der Testamentsexecutoren noch Folgendes zu bemerken:

a. Einer Einweisung durch die Obrigkeit bedarf es nicht, wenn nicht particularrechtliche Bestimmungen dafür da sind.

b. Alle Testamentsexecutoren haben keine richterliche nicht einmal schiedsrichterliche Gewalt, und ihr Geschäft besteht daher nicht in bestimmten Verhandlungen, sondern im allgemeinen in der Vornahme desjenigen actus, wodurch die Pflichten ihres Standpunktes als quasi heredes, oder als ministri, mandatarii und arbitratores realisirt werden.

c. Ein extraordinäres Verfahren durch die Verweisung auf das nobile officium judicis läßt sich nicht rechtfertigen, noch weniger ein Eingreifen der sogenannten freiwilligen Staatsgerichtsbarkeit, obgleich man sich zu diesem Behufe oft auf L. 5. D. 29. 3. publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere, berufen hat: denn diese Stelle hat eine ganz andere Bedeutung.

d. Ob die Obligatio des Testamentsexecutors auf die Erben übergehe, ist oft verhandelt worden. Viele verneinen die Frage aus Analogie zu den Tutoren, andre deshalb, cum sit electa fides et industria personae; andere wollen das Geschäft auf die Erben übergehen lassen, wenn es ein opus bursale non personale ist, d. h. wenn es mit Kosten verbunden ist. Die Frage ist manchmal eine quaestio facti, in der Regel aber gewiß das Princip anzunehmen, daß der Tod das Rechtsverhältniß aufhebt, sowohl aus der Analogie zu andern Rechtsgeschäften, als aus der Intention des Anordners.

e. Endlich ist oft die Frage aufgeworfen worden, ob der Executor sich freimachen könne, wenn er die ihm zustehenden Rechte und Klagen den Interessenten cedire. Die Antwort ist nach unsrer Meinung verneinend, weil dem Executor dies beneficium juris nirgends speciell bewilligt ist.

Digitized by Google

Mannichfaltiges.

I.

Ueber den Satz: das Petitorium absorbirt das Possessorium.

In der Reihe der neueren Bücher ist dieser Satz besonders hervorgehoben

1) in der Ausbeute von Nachforschungen von Gesterding, I. Nr. 6;

2) in Bayers Theorie der summarischen Prozesse, S. 216. 217;

3) bei Thibaut im System der Pandecten, §. 297.

Der Erstere begründet diesen Satz durch die Geschichte des canonischen Rechtes, indem dasselbe die gleichzeitige Anwendung possessorischer und petitorischer Rechtsmittel erlaube, und hier natürlich das Princip habe entstehen müssen, daß, wenn in den prozessualischen Verhandlungen der Rechtsstand früher im Klaren sey als der Besitzstand, ohne weitere Rücksicht auf das Besitzverhältniß, definitiv über das Recht zu erkennen sey. Dieses nennt Gesterding ein Verschlingen des Besitzstandes durch den Rechtsstand. Es ist dieses übrigens nur die wiederholte Ansicht der älteren Practiker, die gewöhnlich so lautete: Petitorium liquidum absorbet possessorium [1]). Lauterbach hat dabei einen recht abgeschmackten Grund: quia petitorium in ventre habet possessorium.

Bayer sieht den Satz ebenfalls blos als eine Folge der Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites an.

1) Mevius part. 6. dec. 100. Wernher observ. part. 4. obs. 118. Lauterbach coll. lib. 43. tit. 1. §. 16.

Digitized by Google

Werden nun

I. beide Prozesse zu gleicher Zeit spruchreif, so soll nach der Bestimmung des canonischen Rechts der Richter über beide in demselben Urtheile entscheiden [2]). Das canonische Recht schreibt dieses selbst für den Fall vor, wenn sich aus den Acten ergiebt, daß das Recht dem Gegner derjenigen Parthei zugesprochen werden muß [3]), welche in possessorio die Oberhand erhält. Hier sagt nun das canonische Recht [4]): licet in pronunciatione sit possessio praemittenda; in executione tamen debet proprietas praevalere. Und daraus haben die Practiker die Regel abgeleitet: „petitorium liquidum absorbet possessorium.

II. Wenn über das Petitorium früher ein Endurtheil möglich ist, als über das Possessorium, und in diesem Urtheile einem streitenden Theile wirklich das in Frage stehende Recht zuerkannt werden kann, so läßt die Praxis nach der Regel „petitorium absorbet possessorium" sogleich ein Urtheil in petitorio zu, ohne daß eine Fortsetzung des noch unvollendeten Besitzstreites verlangt werden dürfte.

Aus der bisherigen Darstellung ist zu ersehen, daß man dieser Rechtsregel nur eine prozessualische Bedeutung zu geben verstand, und sie nicht auf die civilistischen Grundsätze des Besitzes zurückführte. Nur Thibaut geht auch hier tiefer, und drückt einen Punkt von ferne andeutend aus, welchen wir gleich weiter und bestimmter verfolgen werden. Er sagt in §. 297: „Da indeß der Besitz, als nur interimistischer Vermuthungsgrund, rechtlichen Werth haben kann, so entsteht daher die Regel, daß kein Besitz stattfindet, wo das Recht selbst undenkbar ist: daher auch die Regel unserer Praxis, daß ein liquides Petitorium das Possessorium absorbirt."

2) c. 2. X. 2. 12.
3) c. 3. X. eod.
4) c. 6. X. eod.

Digitized by Google

Die früheren Bearbeiter dieses Gegenstandes waren alle von der Voraussetzung ausgegangen, daß diese Regel nur Folge der durch das canonische Recht eingeführten Prozeßcumulation sey; Thibaut aber stellt die Sache so dar, daß überhaupt ein Besitzprozeß nicht stattfindet, wenn derselbe wegen des entgegenstehenden klaren und unbestrittenen Rechtsverhältnisses zu Nichts führen kann. Und dieß ist ein ächt civilistischer Gedanke, den wir in Sätzen und Beispielen weiter ausführen wollen. Es ist ein bekannter Satz:

1) daß, wer eine Sache nicht zum Eigenthum haben kann, sie auch nicht besitzen kann. Ein Sclave, ein filius vor Einführung der Peculien, konnte gewiß nicht im Besitze geschützt werden. Bedeutender ist dieß Verhältniß nach deutschen Gewohnheiten und Particularrechten. An manchen Orten können noch immer Juden gewisse Grundstücke nicht besitzen; Lehengüter kann nicht jeder als Vasall haben; schon der Umstand ist hier bedeutend, daß ein Consens des Lehenherrn, der auf die Person des neuen Vasallen geht, nöthig ist. Wo nun solche Personen, die das Recht nie begründen können, im Besitze geschützt seyn wollten, würde gewiß der Satz entscheiden, daß das liquide Petitorium das Possessorium überwältige. Wozu soll auch in aller Welt ein Possessoriumprozeß, wenn es gewiß ist, daß derjenige, welcher um Schutz im Besitze bittet, unfehlbar in dem darauf folgenden Petitorio die Sache räumen muß? Denken wir den Fall: Der A verkauft sein Lehengut an den B; der Lehenherr hat gute Gründe, den B nicht anzunehmen; der B aber ist von dem A bereits in den Besitz gesetzt, und verlangt nun in possessorio gegen den A, der, weil der Lehensconsens nicht erfolgt, sein Gut wieder haben will, geschützt zu werden. Wird der Richter den Schutz in possessorio erkennen können, wenn vorliegt, daß der B, der nur unter der Anerkennung des Lehenherrn als Vasall das Gut haben kann, als solcher durchaus nicht angenommen wird? Gewiß nicht: denn wohin sollte hier der Schutz führen, als um einige Wochen die Sache zu verschleifen? Es ist nicht weniger bekannt,

2) daß, wenn eine Sache nicht in commercio ist, also nicht in patrimonio singulorum seyn kann, man auch eine solche Sache nicht besitzen kann. Hier ist es wieder ein liquider Rechtssatz, der das Possessorium vernichtet.

Bei diesen Verhältnissen kann man wohl zugeben, daß der Satz:

„petitorium liquidum absorbet possessorium"

den Practikern bei der durch das canonische Recht eingeführten Verbindung des possessorii und petitorii als entscheidend und zweckmäßig erschienen ist; aber im Ganzen liegt seine Bedeutung tiefer und geht dahin, daß überall, wo ein Schutz in petitorio für ein bestimmtes Subjekt nicht möglich ist, auch der Schutz desselben in possessorio nicht erfolgen kann und soll. Auch mit Rücksicht auf diesen Punkt hat Papinian in

L. 49. D. 41, 2.

gesagt: Plurimum ex jure possessio mutuatur.

II.

Ueber das Recht des besseren Besitzes.

Dieser Gegenstand gehört zu den beliebtesten der neuesten deutschen Schriftsteller über römisches Recht. Er hängt zusammen mit den sogenannten bonitarischen Rechten, worüber in der neuesten Zeit wieder zwei Schriften von Zimmern im rheinischen Museum, III. Bd., und von Maier (gegen Zimmern) in Savigny's Zeitschrift VIII. Bd. erschienen sind, ferner hängt er zusammen mit der in der neuesten Zeit so eifrig geführten Controverse über den Eigenthumsbeweis, worin auch Thibaut der gemeinen Meinung wieder beigetreten ist, und endlich ist unsre Lehre von der publicia-

Digitized by Google

nischen Klage selbst in mehreren neueren Dissertationen von Eckenberg, Guyet, bearbeitet, und namentlich ist manche historische Conjektur über den Ursprung und Umfang dieses Rechtsmittels gewagt worden. Wir wollen in wenigen Zeilen nur zeigen, wie natürlich und nothwendig das Recht des besseren Besitzes mit dem Eigenthum zusammenhängt, und was man bei einem scheinbar so reinhistorischen Gegenstand aus der Praxis der neueren Gesetzgebungen lernen kann. Das Eigenthum hat gewöhnlich eine doppelte Grundlage,

1) außer der allgemeinen subjectiven und objectiven Fähigkeit die gesetzliche Erwerbart,

2) bei der derivativen Erwerbart das jus auctoris. Daher kömmt es, daß man im alten Rom in dieser doppelten Rücksicht dem Eigenthum ein anderes Recht zur Sache entgegensetzte. Im Justinianischen Recht ist der eine Gegensatz verloren, weil die Erwerbarten so vereinfacht, alle Förmlichkeiten so abgeschnitten sind, daß die auf dem Willen des Veräußerers gegründete Gewalterlangung über die Sache und mehr nicht erforderlich ist. Aber der andere Gegensatz ist nicht zu überwinden. Wer kann im Handel und Wandel, im raschen Verkehr des Lebens, bei dem Credit, den man so vielfach gewähren und ansprechen muß, das jus auctoris vollkommen untersuchen? Dazu kömmt die Rücksicht der Billigkeit, welche schon den Prätor leitete. Wer eine Sache verloren hat, die er nicht sein nennen kann, weil er das jus auctoris nicht darzuthun vermag, soll der kein Rechtsmittel haben einem Besitzer gegenüber, der nicht einmal in seiner Person eine justa causa acquirendi hat? Dieser Fall mußte nothwendig auf ein Recht des besseren Besitzes führen, und es kam im Geiste der prätorischen Wirksamkeit nur noch darauf an, das juristische Fundament für dasjenige, wofür die Aequität bereits entschieden hatte, aufzufinden. Dieses war die fictio usucapionis, die nach dem ganzen Stande der Dinge nur nicht stattfinden sollte,

a. gegen den Eigenthümer selbst; daher heißt es im

Edikt vorbehaltungsweiſe si ea res possessoris non sit (die exceptio dominii ſteht der publiciana entgegen);

b. gegen einen gleich guten Beſitzer. Dieſer Punkt war freilich näher zu unterſuchen, und in der That iſt er es, um welchen, als um ſeine Achſe, ſich dieſe ganze Lehre dreht. Unglücklicherweiſe waren auch hier die römiſchen Juriſten, wie in ſo vielen feineren Punkten, nicht einig. Ulpian nach Julian lehrt ſo:

L. 9. §. 4. D. 6, 2.

Si duobus quis separatim vendiderit, bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Die Worte, qui tantum emit, machen einige Schwierigkeit, denn man könnte glauben, es ſey hier keine Tradition erfolgt, wie auch Voet [5]) annimmt: allein, wenn der Käufer keinen Beſitz erlangt hat, ſo kann von der publiciana in Beziehung auf ihn weder activ noch paſſiv die Rede ſeyn. Und wozu denn der gerade vorausgehende Ausdruck cui priori res tradita est, wenn nicht der andere ebenfalls die Tradition für ſich hat? Alſo iſt dieß ſichtbar nur ein ungenauer Ausdruck.

Et Julianus libro 7. Digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.

Die Stelle geht zwar offenbar nur auf den Fall, wo die beiden bonae fidei possessores es mit einander zu thun haben; denn wenn es ſich von ihrem Verhältniſſe zu einem dritten handeln ſollte, ſo könnte natürlich nicht von der melior conditio possidentis die Rede ſeyn, indem hier der Dritte der Beſitzer iſt. Im übrigen iſt doch kein Zweifel, daß die Entſcheidung des erſten Gliedes der Alternative auch darauf paßt, wenn beide ihre Anſprüche gegen einen Dritten entwickeln wollen. Das Reſultat dieſer Stelle wäre hiernach:

5) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

Digitized by Google

1) haben die beiden von demſelben non dominus die Sache empfangen, ſo geht der frühere Empfänger unbedingt vor, und zwar ſowohl ſeinem Mitempfänger gegenüber, als einem dritten gegenüber, der ihn als den rechten bonae fidei possessor anerkennen muß,

2) haben aber die beiden von verſchiedenen Nichteigenthümern die Sache empfangen, ſo kann gegen den wirklichen Beſitzer, ſey er der frühere oder ſpätere Empfänger, die publiciana nicht angeſtellt werden. Wer aber hier der beſſere in Beziehung auf einen dritten malae fidei possessor iſt, iſt nicht entſchieden. Für dieſen Fall hat man hauptſächlich eine andere Stelle zu Hülfe genommen, die aber von ganz andern Grundſätzen ausgeht, und folglich eine wahre Antinomie bildet.

L. 31. §. 2. D. 19, 1.

Neratius ſagt hier:

> Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque (iſt hier eigentlich nur die emtio gemeint [6]) sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus [7]) adprehendit, hoc est, cui primum tradita est; si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Neratius gibt alſo auch in unſerem zweiten Falle, wo die beiden von verſchiedenen Nichteigenthümern erworben haben, dem erſten Erwerber den Vorzug, und der ſpätere Erwerber, auch wenn er wirklicher Beſitzer iſt, muß die Sache herausgeben. Man ſieht dabei ganz klar, daß die Stelle höchſt allgemein verfügt, und nicht auf das Verhältniß der beiden b. f. Erwerber zu dritten zu beſchränken iſt. Daß auch ſchon die griechiſchen Juriſten hier eine Antimonie gefunden haben, beweiſt der Umſtand, daß unſre letztere Stelle aus

6) Faber error. pragm. decad. 86. err. 8.

7) Faber will emendiren ſtatt jus ejus „justius.“

Digitized by Google

den Baſiliken ganz weggeblieben iſt. Wir würden kein Bedenken haben, es mit der erſteren Stelle zu halten, weil man daraus ſieht, daß der jüngere Juriſt, Ulpian, wohl die Verſchiedenheit der Meinungen kannte, und der Julianiſchen den Vorzug geben wollte, weßhalb er auch den Ausdruck gebraucht: quae sententia vera est; aber wie iſt es dann mit dem Verhältniſſe der beiden Erwerber von verſchiedenen Perſonen zu dritten? Wir glauben, die Sache ſey zwar nach dem Prinzip der zweiten Stelle entſchieden, aber es iſt nicht einmal nöthig, dieſe von uns verworfene Stelle zu Hülfe zu nehmen. Es verſteht ſich nämlich von ſelbſt, daß, wenn der Moment des Vorzugs im wirklichen Beſitze nicht da iſt, und alſo partes nicht vollkommen gleich ſind, allein das Alter des erworbenen Rechts entſcheiden kann. Man kann nicht etwa ſagen, derjenige, welcher den Beſitz zuletzt verlor, und dem gegenüber der dritte Beſitzer unmittelbar iſt, hat deßhalb auch einen Vorzug, ſondern wenn der Juriſt in das Faktum des Beſitzes die Entſcheidung geſtellt hat, ſo iſt nichts weiter abzuleiten, wenn dieß Faktum nicht da iſt.

Im Uebrigen iſt der Unterſchied der publiciana oder das Recht des beſſeren Beſitzes zum Eigenthümer ſchon hinlänglich angedeutet, und man weiß, daß man Ausdrücke, wie die ſind:

L. 7. §. 8. D. 6, 2.

In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus,

oder

L. 48. pr. D. 41, 1.

Bonae fidei emtor loco domini pene est

blos prozeſſualiſch hinſichtlich der Reſtitution der Sache cum omni causa zu nehmen hat, wie dieß ja auch der Fall iſt, wenn die Römer keinen Unterſchied zwiſchen dem pignus und der hipotheca finden. (nominis sonus tantum differt.)

Das preußiſche Landrecht iſt offenbar unter den drei neueren Geſetzgebungen diejenige, welche im Geiſte des gemeinen deutſchen Rechts, deſſen Grundlage das römiſche

Digitized by Google

bildet, durch das reichste Detail sich über die einzelnen Rechtsinstitute ausgesprochen hat. So ist dieses namentlich auch der Fall in den Lehren vom Besitz und Eigenthum. Muß man auch die erstere als verunglückt erklären wegen ihrer ganz eigenthümlichen Begriffe und nutzlosen Vorstellungen, und ist auch der Begriff von Eigenthum so ausgedehnt, daß alle Vermögensrechte darunter verstanden sind; so kann man doch nicht läugnen, daß, wenn man die Lehren praktisch aufzufassen versteht, und die falschen theoretischen Zierathen abstreift, Alles wieder natürlich sich ausnimmt. Die Lehre vom besseren Besitz ist unter den Wirkungen des Besitzes überhaupt dargestellt. Das Landrecht unterscheidet bekanntlich einen unvollständigen und einen vollständigen Besitz. Der erstere ist der Besitz, den Jemand für einen anderen hat, der zweite der Besitz, den Jemand für sich selbst hat. Der vollständige Besitz hat

1) Rechtsmittel zur Erhaltung,
2) solche zur Restitution des verlorenen Besitzes.

In Hinsicht auf diesen zweiten Punkt vermischt nun das Landrecht offenbar das faktische Verhältniß des Besitzes mit dem juristischen des besseren Besitzes. Es lehrt nämlich:

a. im allgemeinen müsse derjenige, welcher einen Besitz gewaltsam, heimlich oder bittweise an sich gebracht hat, denselben auf Antrag des Betheiligten alsbald restituiren, I. 7. §§. 146. 147.;

b. außerdem aber müsse nur der schlechtere Besitzer dem besseren weichen. Wer besserer Besitzer sey, erklärt das Landrecht so:

α) wer eine Sache von einem andern im Gewahrsam hat, ist besser als der, welcher ohne allen Rechtsgrund die Sache hat, z. B. die Sache gefunden hat. §. 162.

β) Der unvollständige Besitzer ist gegen den vollständigen Besitzer, d. i. gegen den, auf dessen Namen er besitzt, der bessere, wenn der letztere das Recht kränkt, welches er selbst dem ersteren an der Sache verliehen hat. §§. 169. 170. (ein

reines Obligationenverhältniß.) Gegen dritte aber ist der unvollständige Besitzer nur dann der bessere, wenn derjenige, auf dessen Namen er besitzt, dieses von sich dem dritten gegenüber sagen kann. §. 171.

γ) Der vollständige Besitzer endlich ist ein besserer, wenn er ein redlicher ist, dem unredlichen gegenüber, und braucht blos dem Eigenthümer zu weichen. Von dem Verhältnisse zweier redlicher Besitzer ist Nichts gesagt: das Landrecht ist fast immer in den feineren Punkten des römischen Rechts taub geblieben, so z. B. in der Lehre von der Bestellung des Eigenthums durch Tradition ist auch nirgends mit einer Sylbe von dem Verhältnisse der causa praecedens zur traditio, z. B. darüber, wenn ein Irrthum in der causa selbst stattfindet, oder wenn das Geschäft durch einen dolus ungültig wird, und in beiden Fällen die Frage entsteht, ob dennoch Eigenthum übergegangen ist, die Rede.

So wird denn hier wieder bewährt, wie die civilistische Bildung ihr ewiges Fundament im römischen Rechte haben wird. [8])

8) Noch verdient hier kurz angedeutet zu werden, das das Landrecht den römischen Unterschied zwischen dem Rechte des Eigenthums und dem Rechte des besseren Besitzers im Beweise nicht kennt, sondern bei der Klage auf Herausgabe einer Sache im Allgemeinen nicht mehr fordert, als den Beweis des besseren Besitzes. Demungeachtet muß man annehmen, daß, wenn Jemand sich zugleich in das jus auctoris gründen, und seinen Vormann als den rechten erweisen wollte, oder für sich die Verjährung anführen könnte, die der andere nicht hat, ihm der Sieg des Eigenthums nach allgemeinen Grundsätzen, und nach dem, was oben sub γ gesagt ist, nicht abgesprochen werden kann.

Digitized by Google

III.

Von den sogenannten Verbrechen gegen die Geisteskräfte, und namentlich von dem sogenannten Verbrechen am Seelenleben des Menschen.

Seitdem die neuere Philosophie in das positive Criminalrecht gedrungen ist, um dieses zu reformiren, hat es nicht an Betrachtungen gefehlt, die zu abstrakt genommen, der Sceptik des praktischen Lebens schwerlich widerstehen können. Dahin scheint uns auch zu gehören das zuerst von Tittmann in einer besondern Dissertation und seinem Handbuche aufgestellte eigene Verbrechen an den Geisteskräften. Wie die Sache jedenfalls zu eng gegriffen, hat v. Feuerbach in seinem vortrefflich geschriebenen Kaspar Hauser auf das Ueberzeugendste nachgewiesen. Allein gerade wenn wir an die Ausdehnung denken, die sich diesem Verbrechen geben ließe, werden wir zweifelhaft, ob wir überall auf dem rechten Wege sind. Wie viel kann an dem menschlichen Geiste nicht nur in physiologischer, sondern auch in moralischer und scientifischer Hinsicht gesündigt werden? Ist, und in wie fern ist der menschliche Geist ein Objekt des Verbrechens? Die juristische Zurechnung erfordert ein Gebiet, wo man Ursache und Wirkung genau gegen einander beurtheilen und bemessen kann. Die mechanische oder chemische Einwirkung auf den Körper ist darnach jederzeit criminalistisch erwogen worden, aber ganz anders verhält es sich mit den Einwirkungen auf den Geist. Diese gehen entweder durch den Körper vor sich, seyen es Vergiftungen oder Gefangenhaltungen, Verletzungen oder Verführungen zur Unsittlichkeit, oder sie sind reine Einwirkung auf den Geist. Hier kann man wieder unterscheiden, ob es eine Verführung zu einem Verbrechen ist, namentlich zu einem sochen, welches schon in geäußerter Ge-

sinnung besteht, oder ob es irgend eine Verderbniß anderer Art des geistigen Wesens ist. Aus dieser Darstellung sieht man, daß für alle Fälle, schlechte Lehre und schlechtes Beispiel abgerechnet, bereits eine Form existirt, unter welcher die auf den Geist nachtheilig wirkende Handlung zum Verbrechen gestempelt wird. Schlechte Lehre und schlechtes Beispiel an sich aber läßt sich nicht zum Verbrechen erheben aus Gründen, die wir nicht zu entwickeln brauchen. Also fällt der ganze Tadel des bestehenden Rechts dahin, daß einzelne Fälle vorkommen können, wo nicht der höhere Schaden des geistigen Lebens das Hauptmerkmal im Thatbestand bildet, sondern diese Rücksicht höchstens nur als Schärfungsgrund hervortritt. Diesem Tadel aber wollen wir vor der Hand nur einige Gründe entgegenhalten, um zur Prüfung des Gegenstandes aufzufordern, der als einer der wichtigsten im Criminalrechte in eigenen Schriften behandelt zu werden verdient. Folgende Rücksichten nämlich haben uns schon auf dem ersten Blicke für wichtig genug geschienen, um nicht ohne die reiflichste Prüfung vom bestehenden Rechte abzugehen.

1) Die hieher zu stellenden Verbrechen gehören sehr seltenen und außerordentlichen Fällen an, die in ihrer Erscheinung so ganz eigenthümlich sind, daß sie für Wissenschaft und Gesetzgebung gar keinen rechten Standpunkt der Generalisirung darbieten. Nehmen wir gerade den Hauser'schen Fall, der mehr einem Romane als der Wirklichkeit entspricht, und der den Zauber seiner Singularität nicht verlieren würde, wenn der ganze Zusammenhang der Dinge bekannt wäre. Kann man wohl diesen Fall Verbrechen am Seelenleben des Menschen nennen? Wir zweifeln sehr; denn einmal dürfte es höchst unräthlich seyn, zwei menschliche Leben zu unterscheiden, das wirkliche geistig-animalische, und das blos geistige. Solche Vorstellungen sind den Begriffen und der Sprache der Welt zuwider, und der Jurist und Gesetzgeber soll sich vor jeder solchen Eigenthümlichkeit der Abstraktion bewahren, denn das Recht muß nicht den Begriffen und Wortbedeutungen einzelner Juristen, sondern denen des Vol-

Digitized by Google

kes accomodirt seyn. Den Hauser'schen Fall wird Niemand für einen Mord ansehen, weil das animalische Leben nicht verloren ging; denn dieses ist die Hauptsache beim Mord und an einem solchen, der geistig schon lange todt war, wird mit der Tödtung doch ein Mord begangen. In solchen außerordentlichen Fällen berührt sich gar leicht das criminalistische und das poetische Drama; allein dort bleibe der fein trennende und in der Wirklichkeit des Lebens und der menschlichen Ansichten arbeitende Verstand thätig; hier dagegen gönne man der Phantasie ihren Triumph. Um einen ähnlichen wirklichen Fall zu erwähnen. Eine Mutter, die ein außereheliches Kind hatte, läugnet diesem Kinde ihre Mutterschaft ab, und die Sache ist von der Art, daß sie derselben nicht überführt werden kann, der Unglückliche fällt darüber in eine schwere Hypochondrie: ist dieses auch Seelenmord?

2) In der neuesten Criminalrechtswissenschaft hat man darauf hingearbeitet, die Verbrechengattungen und Arten auf das Feinste zu specialisiren, nach denselben Grundsätzen, nach welchen man in den Naturwissenschaften zu verfahren pflegt. Diesem Streben ist es zuzuschreiben, daß man unter den verschiedenen Richtungen, welche eine Handlung nach ihrer Absicht, Wirksamkeit und ihrem Erfolge darbietet, sogar dahin immer mehr unterschied, welches die gefährlichste, die am meisten verletzende, oder die Unsittlichkeit der That am meisten hervorhebende Richtung sey, und daß man auf solche Weise diese oder jene Handlung aus ihrem genus wieder herausnahm. Ob aber damit nicht die Einfachheit des Systems der Verbrechen — ein großes Gut — gefährdet, und die so nothwendigen generellen Richtungen der Strafbarkeit zerstört werden, ist eine wichtige Frage. Die Römer haben nicht ohne guten Grund ihr crimen de vi so umfassend und großartig gebildet, und darunter so mannichfaltige in der Strafwürdigkeit so unendlich verschiedene Fälle subsumirt. Das crimen de vi publica hatte eine bedeutende Strafe, das crimen de vi privata eine sehr geringe; jede gefährlich eigenmächtige Handlung aber hatte dadurch ihr Strafgesetz.

Der Vortheil, welcher für die Staatsordnung daraus entsteht, daß strafbare Handlungen als solche durch generelle Richtungen gestempelt sind, wird nicht durch den Nachtheil vermindert, der daraus entsteht, daß einmal eine verbrecherische Handlung, weil ihre specielle Richtung im Gesetze nicht genau genug vorgesehen ist, nicht hart genug bestraft werde.

3) Am wichtigsten ist es, daß auf eine leichte und verläßige Art das Verhältniß der Absicht zur That und zu ihren Folgen zu ergründen sey. Je mehr man nun die That von ihrer allgemeineren Seite auffaßt, desto leichter wird man auch entdecken, daß des Thäters Absicht darauf ging, und desto leichter wird man diesen schuldig finden können. Der Mensch überlegt nicht immer die feineren Verhältnisse seiner That und deren Folgen: in unserem Beispiele kommt es darauf an, ob der Thäter nur die entferntesten Vorstellungen von demjenigen hatte, was später in Hauser vorging, und ihn so unglücklich machte. Aber gewiß ist, daß jener Verbrecher die große Strafbarkeit seiner Handlung als Gewaltthat und widerrechtliche Gefangenhaltung voraussehen und erkennen mußte. Es ist nicht zu zweifeln, daß der roheste Mensch das Gräßliche des an Hausers Körper und Geist verübten Zwanges fühlen muß; ob er aber das Unrecht fühlt, welches er gethan hat, indem Hauser so spät den herrlichen Sternenhimmel sah, und ob der Jurist hier imputiren kann, ist eine andere Frage. Der Erdenrichter soll und kann nicht wägen, wie der Ewige; genug, daß eine Schandthat aufgedeckt und nach bestimmten Gesetzen bestraft werde.

4) Je praktischer wir unsern Fall ansehen, desto einfacher wird er. Bei der Richtung unserer Zeit wird man schwerlich neue todeswürdige Verbrechen legislativ schaffen wollen; man wird nicht animalisch tödten wollen, wenn auch am Seelenleben auf das härteste gesündigt, das animalische Leben des Verletzten aber erhalten ist. Will man aber das an Hauser verübte Verbrechen nicht für todeswürdig aufstellen, so bedarf es nicht des Wortes „Seelenmord," denn die lange Gefangenhaltung und große, übernatürliche Gewalt-

Digitized by Google

anwendung mit all' den erschwerenden Rücksichten, welche hier eintreten, bringen auf die That eine der höchsten Nichtkapitalstrafen.

5) Der menschliche Geist ist ein so unbegreifliches Wesen, seine Krankheiten und Verletzungen und deren Ursachen sind noch so wenig festgestellt, die Gewalt, die der menschliche Geist hat, den feindlichen Angriffen zu begegnen, das Verlorene wieder zu ersetzen, ist so außerordentlich, daß die juristische Imputation ein sicheres Feld ihres Calculs hier schwerlich gewinnt. Dadurch wollen wir übrigens nicht sagen, daß unglückliche Erfolge in Beziehung auf die Ausübung und Entwickelung geistiger Kräfte von dem Criminalisten nicht angeschlagen werden dürften, sondern wir behaupten nur, daß zunächst immer die äußere Einwirkung auf den Körper den Anhaltpunkt für den verbrecherischen Thatbestand bilden soll, und daß der geistige Erfolg, so weit er mit Sicherheit ausgemittelt werden kann, als erschwerende Eigenschaft des Verbrechens gilt. Hieraus wird aber dann freilich folgen, daß, wo keine Einwirkung auf den Körper stattgefunden hat, die Verderbniß des Geistes nur dann strafbar ist, wenn diese selbst als aktive Theilnahme an einem Verbrechen erscheint, so daß der Verderber als intellectuelle Kraft für das Verbrechen selbst auftritt, oder eine eigenthümliche Stellung hat, wie der Kuppler. Nichts halten wir für gefährlicher, als Corruptionen der geistigen Kräfte gleich für Verbrechen zu erklären, denn hierdurch käme Recht und Gesetzgebung in eine Tyrannei der Ansichten, die ihres Gleichen in der Welt noch nicht gehabt hat. Der Staat kann nicht überall durch Strafgesetze helfen, sondern muß oft feinere Mittel gebrauchen, und die Wirksamkeit anderer Institute, wie die der Kirche und der Schulen unterstützen.

6) Wenn die Lücke wirklich erwiesen wäre, d. h. wenn man anführen könnte, daß bei dem bisherigen Systeme eine gefährliche und bösabsichtliche Verletzung der geistigen Kräfte straflos bliebe, so würden wir freilich alle unsere Argumente

nicht für stark genug ausgeben können. Allein die Sache verhält sich anders, man muß fast überall zugeben, daß schon in dem gebrauchten Mittel der Thatbestand eines Verbrechens hervortrete, wie auch Abegg in seinen Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft III. Abhandlung dargethan hat, und man bedauert nur, daß man die Handlung nach der untergeordneten Rücksicht des Mittels, und nicht nach der höheren Rücksicht ihrer Wirksamkeit bestrafen kann. Allein des Juristen Sphäre ist sehr endlich, und so wie wir schon oft den Wunsch geäußert haben, es möge Jemand Betrachtungen anstellen über den Unterschied der moralischen und juristischen Imputation, so würde gerade unser hier abgehandelter Gegenstand wieder einen Beleg zu der unendlichen Verschiedenheit des juristischen Urtheils, welches seine sicheren Grundlagen verlangt, und eben deßhalb lieber milder als strenger ist, und der moralischen Entscheidung geben, welche in den meisten Punkten auf dieser Erde nur als Annäherung zur Wahrheit Bedeutung haben kann.

Recensenten-Unfug.

Es ist ganz gleichgültig, wenn der Recensent behauptet, er stehe auf dem Höhepunkt der Wissenschaft, der Recensirte aber nicht: man kann gewiß auch von einem solchen Recensenten mehr nicht verlangen, als ein Urtheil über die zwei Hauptstücke eines Buches dahin, daß das eine immerhin seinen eigenen Werth habe, und daß das andere gründlich und gelungen sey (Worte des Recensenten) — und das Schimpfen gewisser Recensenten ist man in Deutschland, so lange Recensionsanstalten bestehen, gewöhnt. Allein zu große Keckheit verdient eine Rüge. Herr O. A. R. Franke in einer Recension meines Buches vom Erbrecht spricht seinen Tadel auch

Digitized by Google

über die Sprache des Buches aus, beſonders wegen gebrauchter lateiniſcher Ausdrücke, und begleitet namentlich den Ausdruck sanquinis caritas mit einem sic! Hätte Herr Franke nur die citirte Stelle nachgeſchlagen, ſo hätte er den Ausdruck gefunden; jeder, der lateiniſch verſteht, verwirft ihn ohnedieß nicht. Ich hätte vielleicht ſolchem Tadel ausweichen können, wenn ich die meiſten Stellen, wie Herr Franke in ſeinem Notherbenrechte, hätte abdrucken laſſen: aber ich wollte das Buch nicht zu theuer machen, und habe auch gute alte Meiſter, die nur auf ihr corpus juris verweiſen, für mich.

Digitized by Google

Ueber die neuesten Strafgesetz-Entwürfe in Baiern.

Von Roßhirt.

Unverkennbar ist Baiern dasjenige deutsche Land, welches seit dem Laufe dieses Jahrhunderts am meisten bemüht war, die Strafgesetzgebung fortzubilden. Höchst interessant ist die Vergleichung des ersten im Jahre 1802 von dem verstorbenen Kleinschrod verfertigten Entwurfes mit dem neuesten des Jahres 1831 — vielleicht noch interessanter ist die Vergleichung des im Jahre 1813 in Anwendung getretenen und noch geltenden Strafgesetzbuches mit dem eben benannten neuesten Entwurfe, zumal in dem Gesetzbuche des Jahres 1813 immer noch die Basis der nachfolgenden Entwürfe und also auch des neuesten zu erkennen ist. Am interessantesten endlich dürfte die Vergleichung des eben vorliegenden neuesten Entwurfes mit dem gegenwärtigen Zustande der deutschen Criminalrechtswissenschaft seyn. Aus dem letztern Standpunkte hauptsächlich ist diese Arbeit unternommen, welche nicht über den ganzen Entwurf gehen soll, sondern vorerst nur einige bedeutende Punkte der allgemeinen Bestimmungen berühren will.

§. 1.

Dem Ineinandergreifen einer Legislation gebürt der erste Blick. In dieser Beziehung kann der Referent zwei Punkte nicht umgehen:

1) Den neuen Entwurf des Strafverfahrens.

2) Den neuen Entwurf von Polizeiübertretungen, welche im Prozeßgesetzbuche zu den Freveln gestellt worden, die aber nicht, wie Referent im ersten Augenblicke der Meinung war, hier im Prozeßgesetzbuche den andern Namen Frevel führen, da die Frevel vielmehr wieder ein anderes und zwar blos prozessualisch wichtiges genus delictorum bilden[1]).

1) Es werden nämlich von den Gerichten über Frevel neben den Polizeiübertretungen auch noch diejenigen wirklichen Vergehen gerichtet, die höchstens eine Freiheitsstrafe von

Lobend müssen wir vorerst anerkennen, daß das Ganze dieser Gesetzgebung zugleich erschienen ist; denn will man einmal eine Revision der ganzen Gesetzgebung ausüben, so muß man vor Allem zeigen, daß der Standpunkt der Consequenz des Ganzen, die eigentliche elegantia juris nicht aus dem Auge gelassen ist[2]). Daher finden wir es auch weise, daß selbst der Entwurf des Civilverfahrens gleichzeitig vorgelegt worden ist, denn dieses fordert der Organismus der Gerichtsbehörden und des Gerichtsverfahrens. Dagegen halten wir es mit sehr vielen Rechtsgelehrten für bedenklich, ein vollständiges System der inneren Civilgesetzgebung zu beeilen; denn es handelt sich hier nicht so sehr um Einheit im Rechte, als um Achtung des Herkommens, der geschichtlichen Grundlagen, und um Erhaltung der Wissenschaft auf ihrem Höhepunkte. Die wahre bürgerliche Freiheit bewährt sich in der schonendsten Behandlung der Privatrechte: z. B. der Rechte des ehelichen Güterstandes, der Erbrechte u. s. w.[3]) — Die Wissenschaft andererseits geht nicht leichter rückwärts, als durch die Fesseln einer übereilten Gesetzgebung, wie man Beweise darüber in Baiern selbst durch die neue Pfandgesetzgebung finden kann, weßhalb ich auf das erste Heft meiner Zeitschrift verweise: obgleich gerade in dieser Lehre anerkannt werden muß, daß eine durchgreifende Reform nothwendig war und zum großen Theile sehr gelungen ausgeführt worden ist. Nach unserm Dafürhalten dürfte es nicht unzweckmäßig seyn:

1) Von jedem Appellationsgerichte eine ganz genaue Zusammenstellung (und nicht blos eine allgemeine Uebersicht) der in seinem Bezirke geltenden Privatrechte mit vollkommener Angabe der Literatur des Particular- und Localrechts verfertigen zu lassen. Diese Arbeit würde wissenschaftlichen Werth für das deutsche Privatrecht haben, vor der Hand

1 Monat oder eine Geldstrafe von 100 fl. nach sich ziehen. Art. 230 des Prozeßentwurfes. Ueberhaupt ist im Prozeßentwurfe nichts von den Polizeiübertretungen und deren Gerichtsstande speziell ausgesprochen, sondern hier alles allein auf die Strafgröße der strafbaren Handlung gestellt.

2) Man vergl. auch die Recension des Hannöv. Entwurfes in der Tübinger kritischen Zeitschrift 3. Band S. 378.

3) Sieh die Note, die eben folgt.

den Zweck der preußischen Provinzialcodices erreichen, und die sichere Grundlage jedes weiteren Verfahrens werden.

2) Sofort untersuchen zu lassen, in welchen Punkten des Privatrechts die Gesetzgebung wirklich helfen kann, und in welchen die Fortbildung immer der Wissenschaft und namentlich den Bestrebungen über das römische Recht überlassen bleiben wird [4]), denn man denke über das römische Recht, wie man will; es ist in seiner Verarbeitung für Deutschland die Verbindung der classisch alten Welt mit der neuen, der Kern alles civilistischen Studiums, und keine Legislation wird diesen Werth und diese Bedeutung schwächen [5]). Dieses beweist die Praxis in Frankreich, Oesterreich und Preußen; dies beweist mehr noch der Werth und die Unabhängigkeit der Wissenschaft selbst; die sich jedesmal über eine zu weit gegangene Gesetzgebung erhebt. Eine gänzliche Reform und

4) Im Civilrechte sind wir durchaus für das System der Verbesserung des Einzelnen, im Gegensatze der Codification. Das Familienrecht ist Sache des Herkommens und des Particularismus: eine wissenschaftliche Zusammenstellung kann hier leicht aushelfen: im Vormundschaftsrechte mag man einzelne Instruktionen geben. Bei dem dinglichen Rechte muß man das unbewegliche und das bewegliche Gut unterscheiden; die Lehre über die Rechte am letztern bleibe römisch: jene über die Rechte am unbeweglichen Gute aber muß nach dem Principe über öffentliche Bücher neu bearbeitet werden: im Forderungsrechte ist das römische Recht sehr befriedigend, und nur über die Formen der Verträge bedarf es neuer Bestimmungen: endlich im Erbrechte ist das Intestaterbrecht nach Justinians Ordnung weise; das Notherbenrecht aber verdient eine einfachere Regulirung, und vielleicht kann auch einiges Neue über Testamentsformen verfügt werden. Die Lehre von den Vermächtnissen ist bei den Römern vortrefflich behandelt: nur macht in der Anwendung des röm. Rechts das Verhältniß der Legate und Fideicommisse einige Schwierigkeit. Deutsche Institute verdienen nicht selten die legislatorische Nachhilfe.

5) Est hoc jus non unius civitatis aut provinciae, sed generis humani et ipsius quodammodo naturae jus, ex prisca omnium saeculorum sapientia conflatum et coelo prope demissum ad barbariem tollendam omnesque omnium populorum voluntates uno vinculo consociandas. Facciolati in orationibus und zwar orat. VII. ad jurisprudentiam edit. Lips. 1725. pag. 127.

neue Systematisirung der Civilgesetzgebung ist nur da nothwendig und möglich, wo das öffentliche Recht und politische Ereignisse eine solche Veränderung hervorgebracht haben, daß der Phönix aus seiner Asche neu ersteigen muß, wie dies mit dem Code civil der Franzosen so ziemlich der Fall war.

Doch zurück zu dem eigentlichen Gegenstande unserer Abhandlung.

§. 2.

Die Formen sind in den menschlichen Verhältnissen wenigstens in so fern sehr bedeutend, als die Volksmasse durch diese, wie durch Augengläser ihre Beobachtungen macht, und folglich durch sie über den Werth der Dinge bestimmt wird. Daher wird man die prozessualischen Formen immer zuerst ins Auge fassen müssen. Hier kann es freilich nur im Vorübergehen geschehen. Vorerst bemerken wir:

a) Daß in den Motiven zum Gesetze über das Verfahren in Strafsachen die Entwickelung des neuesten deutschen Criminalprozesses zuviel von der Schattenseite dargestellt ist. Namentlich hat man sich über das Verhältniß des Anklage- und des Inquisitionsprozesses nicht verständigt. Nur das römische Recht und die Carolina kennen den Anklageprozeß, der vorliegende Entwurf kann diesen Namen für sich nicht ansprechen. Anklageprozeß ist nämlich nur da vorhanden, wo die Obrigkeit nicht von Amtswegen handelt und den Prozeß eröffnet: ob aber der Untersuchungsrichter oder ein Gehilfe desselben, der die Beweise zu sammeln hat, und dabei an gewisse Formen gebunden ist, die Obrigkeit sey, ist über das Wesen der Sache nicht entscheidend. Daher kann man auch über den Inquisitionsprozeß, wie schon Biener gezeigt hat, den Stab nicht brechen, man kann ihn nicht fremd, nicht unvolksthümlich, nicht eine Mißbildung der Gelehrten nennen. Der Inquisitionsprozeß oder das Verfahren von Amtswegen muß immer stattfinden, wo die richterliche Gewalt ihre feste unabhängige Stellung hat und der Staat sein Interesse in der Aufrechthaltung der Sicherheit und Ordnung versteht. Freilich ist ein Unterschied unter den verschiedenen Formen und Praktiken des Inquisitionsprozesses; aber dem Principe ist Nichts vorzuwerfen, wenn die Ausführung dessel-

ben nach gerechten und edlen Grundlagen erfolgt. Um hiernach auf die Sache selbst zu kommen, so ist:

b) Unsere nächste Frage: wie sieht es mit der Bestellung des untersuchenden und des entscheidenden Gerichtes aus? Es sollen eigentlich drei Gerichte bestellt werden:

1) Das untersuchende, welchem ein sogenannter Sammler der Beweise beigegeben ist;

2) Das judicium facti, welches bei Verbrechen und Vergehen ein Collegium von Rechtsverständigen, bei Freveln ein Geschwornengericht ist;

3) Das eigentliche Strafgericht.

Wenn wir nun

ad 1. auch gerne zugeben, daß das Verhältniß des untersuchenden Gerichtes zum Staatsanwalte und die Befugnisse des letztern im Entwurfe wohl geordnet sind, und unsern eigenen im vorigen Hefte aufgestellten Ansichten entsprechen, so wie auch das Untersuchungsgericht selbst seine Wirksamkeit mit einem förmlichen Urtheil auf Anklage schließt, oder die Unzulässigkeit derselben ausspricht, wo überall von Oeffentlichkeit nicht die Rede ist, und aus vollständigen Acten der Antrag des Staatsanwalts, die Vertheidigung des Angeklagten und der Vortrag des Berichterstatters mündlich vollzogen wird; was alles vernünftig ist, zumal die Versetzung in den Anklagzustand eigentlich nichts Anderes ist, als die Verhängung der Spezialinquisition; so ist doch

ad 2. und 3. Nichts unnatürlicher, als die Bestellung des über die Schuld urtheilenden Gerichtes. Einmal nämlich können wir unmöglich zugeben, daß das französische Verhältniß, wornach die Geschwornen nur in den schwersten Fällen urtheilen, umgedreht werde, weil die Geschwornen in Frevelsachen alles höheren Interesses entbehren, indem sie das so häufig unfruchtbare Censuramt nicht zu schätzen wissen, weil sonach das Amt der Geschwornen auf solche Verhältnisse beschränkt, nur als eine höchst gehässige Last erscheint, weil die Auctorität des durchgreifenden Beamten verloren geht, der Geschäftsgang gerade in Bagatellsachen erschwert wird, und weil mit einem Worte die Erfahrung zeigen muß, daß eine

Digitized by Google

solche Einrichtung die Geschwornen mehr straft, als die Frevler, dabei ist es nicht selten sehr unzweckmäßig, wenn ein so unbedeutender Fall erst nach einem Vierteljahre zur Verhandlung kommt, nicht zu rechtfertigen, wenn eine heimliche Abstimmung der Geschwornen durch Kugeln vorgeschrieben ist, wenn andererseits wieder die Geschwornen an die Aussage eines Feld- oder Waldschützen gebunden sind, so daß man dann gar nicht weiß, was Geschworne hier sollen u. s. w. Dabei müssen wir auch eine eigenthümliche Bemerkung in den Motiven rügen. Wenn hier die Geschwornen auch für Preßvergehen und Preßverbrechen gerechtfertigt werden, so geschieht dies so: die Preßvergehen und Verbrechen haben das Eigene, daß bei solchen nicht sowohl die Frage ist, wer der Schuldige sey, sondern ob die That eine Schuld sey? Liegt auch in diesem Satze allerdings mehr Geist, als in weitläufigen Deductionen des vielverhandelten Gegenstandes, so bleibt er doch in seiner zu allgemeinen Richtung mehr eine schöne, halbwahre und wie Halbgold glänzende Phrase. Erstens ist es nur dann wahr, daß die Frage über die Person des Schuldigen nicht vorkommen kann, wenn man annimmt, daß der verantwortliche Redacteur haften muß, quasi ipse deliquisset, ein Satz, der doch nicht ohne alle Unterscheidung in die Gesetzgebung aufgenommen werden kann; zweitens aber ist in unserer Zeit, wo man ohnedies so sehr an Begriffsverwirrung leidet, über den obigen Hauptpunkt näher zu unterscheiden: denn, wenn es wahr wäre, daß immer in concreto erst die verbrecherische Natur der Handlung zu erkennen wäre, so würde es einen gesetzlichen oder allgemeinen Thatbestand der Preßverbrechen oder Vergehen gar nicht geben. Das gefährlichste Verhältniß der Dinge wäre verwirklicht: der Geschworne in jedem Falle nach seiner Willkühr Gesetzgeber und Richter. Die Sache verhält sich vielmehr so: die Lehre von den Preßvergehen ist nicht anders zu ordnen, als auf folgendem Wege: die eigentlichen Preßverbrechen müssen schon an sich, d. h. nach dem Zwecke des Verbrechens, abgesehen von dem Mittel der Presse, Verbrechen seyn, so daß dann das gebrauchte Mittel bald ein agravirender Umstand ist, bald dieses nicht einmal zu seyn braucht, damit der Gerechtigkeit ihr Triumph werde: also Aufforderung zum

Verrath, Aufruhr, Injurien[6]) u. s. w. Auf der andern Seite aber kann man nach meinem Erachten bei einem Preßgesetze dabei nicht stehen bleiben, sondern man muß auch Handlungen und Reden rügen, deren Indecenz und nachtheiliger Einfluß auf Sitte[7]) und Ordnung unzweideutig ist. Hiefür gibt nun Referent zu, daß allgemeine gesetzliche Grundsätze nicht aufgestellt werden können, und daß hier einem eigenen Gerichte ein ganz freies arbitrium gesichert seyn muß. In so ferne wird dann auch das Preßvergehen als eine eigene Delictsgattung hervortreten, und so wird es, wenn dieser Gegenstand einmal seiner verarbeitet und die Welt für die Wahrheit in dieser Angelegenheit gestimmt und parteifrei ist, möglich werden, die gewünschte Freiheit zu begründen, ohne der Zügellosigkeit die Thüre zu öffnen[8]). Um auf unsern Gegenstand zurückzukommen, wie kann die Trennung der judices juris et facti, welche unter Mitgliedern desselben Justizcollegii nach dem Zufall vorgenommen werden soll, auf irgend eine andere Art gerechtfertigt werden, als durch den nicht einmal politischen Zweck der Nachahmung der Juryeinrichtungen? Oder glaubt man im Ernste, daß der rechtsgelehrte Mann nicht nach Beweisregeln, und nach der von der Wissenschaft sorgfältig gebildeten Theorie, sondern lieber nach einem blinden Gefühle urtheilen werde? Ist es nicht rühmlicher, wenn man es versteht, die Gründe seiner Ueberzeugung anzugeben und auszusprechen — statt sich und Andere mit einem blosen „so scheint es mir" beruhigen zu wollen. Eine Beweistheorie wird nie mathemathische Ueberzeugung liefern, wird nie eine reine Objectivirung der Sache zulassen; aber folgt daraus, daß man alle Erfahrungen des Lebens, allen Gewinn

6) Der Verfasser der Motive meint, es ließe sich juristisch gar nicht herausstellen, was in abstracto eine Injurie sey — eine Ansicht, der wir durchaus widersprechen müssen, soferne es des Begriffes der Injurie im eigentlichen und engern Sinne gilt.

7) Dieser Rücksicht wegen sahen die Römer das „honeste vive" als ein Rechtsprincip an, und definirten die injuria im weitesten Sinne so: sie sey dasjenige, quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicujus interest. Coll. legg. mosaic. et roman. tit. 2. §. 5. l. 1. p. D. 47. 10.

8) In England tendirt dahin der berühmte Fox Act.

der Wissenschaft verachte, und in die Barbarei der reinen Subjectivirung zurückfalle, die den Völkern in ihrer Kindheit eigen ist, und gewöhnlich vom blinden Fatalismus verschlungen wird. Doch davon habe ich an einem andern Orte schon geredet; hier nur noch über zwei mir besonders aufgefallene Punkte des Entwurfes. Einmal heißt es in den Motiven: „man könne nur Regeln darüber geben, was nicht beweife.“ Wird man hier auch das argumentum a contrario vermeiden und folglich dasjenige unterdrücken können, was der Gesetzgeber für beweisend hält? Soll sich die Gesetzgebung abmühen, in einem künstlich geschaffenen Dunkel Irrlichter spielen zu lassen, wo sie das herrliche Licht der göttlichen Sonne kann leuchten lassen! Das anderemal lese ich im Artikel 229 des Entwurfes: „bei Vergehen soll das Gericht aus einem Vorstande und fünf Richtern bestehen; die fünf Richter sollen über die Thatfrage ohne Berufung, der Vorstand über die Rechtsfrage mit Berufung entscheiden“. Kann man mit solchen neuen, nie gehörten Einrichtungen der Geschichte entgegentreten, auf eine unnatürliche Weise den Vorstand von dem Gerichte trennen, jenem eine Funktion geben, wobei er aufhört, bloser Vorstand zu seyn, und entweder seinen Richtern dient, oder über sie sich erhebt! Die ganze Lehre von der Theilung der richterlichen Arbeit, wie ich sie nennen möchte, in Hinsicht auf Urtheilsfassung hat keinen andern vernünftigen Zweck, als den römischen, wo das jus, das ist der major und die conclusio, im Voraus ausgesprochen, und nur der minor quoad factum noch zu untersuchen war, wobei sich freilich allmählig vielerlei juristische Rücksichten mit verbanden — oder den modernen politischen, Nichtjuristen unter der Assistenz, Controlle und Leitung von Juristen an der Urtheilsfassung Antheil nehmen zu lassen[9]). Ausserdem ist diese Theilung vom Uebel;

9) Die Engländer machen Vieles von dieser Leitung abhängig. Die Franzosen, und auch die deutschen Schriftsteller, welche die Jury vertheidigen, wollen diese Leitung nicht, und gestehen gerade, daß die Geschwornen die wahren und einzigen Richter und in ihrer Willkühr allmächtig seyen, und glauben, daß so Wahrheit und Volksvertrauen — unabhängig von politischer und juristischer Schwindelei — begründet werden könne!!! Der Unterschied zwischen judices

weil ohne Zweck[10]); und Niemand mache uns glauben, daß eine Theilung statt finden müsse, weil man keine vollkommen abgeschlossene Beweistheorie aufstellen könne, denn man verlangt von einer juristischen Beweistheorie mehr nicht, als Aufstellung bestimmter Punkte, ohne deren Daseyn von der Annahme des Beweises nicht die Rede seyn kann. Ausserdem muß immer der Zusammenhang des Ganzen, der sich logisch nachweisen läßt, die höchste Wahrscheinlichkeit begründen. Das Eine und Andere aber geschieht nach Grundsätzen, und selbst der Geschworne muß sich befleißen, nach Grundsätzen, und nicht nach einem dunkeln Gefühle zu urtheilen. Sind aber Grundsätze möglich und vorhanden, so ist auch die Prüfung derselben in appellatorio wohlthätig, und was hilft die freigelassene Berufung über das punctum juris, wenn eine leichtfertige Sentenz über die Schuld jedem Richter die Hände gebunden hat[11]). Der Vorzug der Jury besteht einzig darin, daß sie souverän ist, und ihren Mitbürgern gegenüber lieber Gutes thun wird als Schlechtes: aber die ächte Jurisprudenz ist auch souverän und keine Sklavin unpassender Gesetze, denn ich habe an einem anderen Orte entwickelt, daß die Gesetzgebung auch nur eine Rechtsanwen-

facti et juris ist auch in der That in Frankreich durch das Gesetz vom 28. April 1832 aufgehoben, indem jetzt die Jury auch über Milderungsgründe, also über das punctum juris erkennen darf.

10) In den Motiven §. 12 heißt es, und zwar durchaus nicht im Einklange mit dem §. 7: „die Verhandlung über That- und Rechtsfrage ist getrennt, damit diejenigen, welche über erstere zu richten haben, durchaus nicht auf andere Reflexionen, als auf die Frage, ob der Angeschuldigte schuldig oder nicht schuldig sey, geleitet werden können. Im §. 7. war es darauf gestellt, weil man keine Beweistheorie mehr, sondern blos die Rechtfertigung der subjectiven Ueberzeugung habe. Wer bei einer so wichtigen Sache in ihren Gründen schwankt, muß billig selbst Verdacht gegen sich schöpfen.

11) Die Appellation über den Beweispunkt muß natürlich einzelne gravamina aufstellen; und diese lassen sich auch post festum prüfen. Dies als Gegenbemerkung auf den §. 14. der Motive. Dieser §. beweist überhaupt zu Viel und folglich Nichts: denn nach ihm müßte auch kein Nichtigkeitsprozeß angestellt werden können.

Digitized by Google

dung ist, und daher nicht über der Rechtsanwendung steht: andererseits wäre es unrecht, von dem Juristen anzunehmen, er wolle weniger das Gute als jeder Andere aus dem Volke.

§. 3.

c) Was den Organismus des Prozesses selbst betrifft, so glauben wir, daß durch eine Gesetzgebung die Wissenschaft nie überflüssig gemacht werden kann. Der entgegengesetzten Meinung ist immer die Schule der reinen Praktiker. Nicht nur, daß der Rechtsgelehrte die verschiedenen Methoden und Formen des Untersuchungsprozesses nach ihrer historischen Entwickelung kennen muß, sondern daß er auch die Praxis der verschiedenen Länder, besonders aber die Kenntniß der Ansichten nicht verachte, welche bis in das feinste Detail von gelehrten Prozessualisten entwickelt sind. Freilich muß er wissen, ob und wie diese zu seinem Systeme der Gesetzgebung passen: aber eine unumstößliche Wahrheit bleibt es, daß die Wissenschaft in keiner Prozeßordnung untergearbeitet werden kann. Daraus folgt, daß eine Prozeßordnung nicht zu Viel thun darf, sondern durchaus nur die nothwendigen Anleitungen aufzustellen hat. Darüber soll sich der Gesetzgeber bei jedem Satze prüfen, damit er nicht zu weit gehe. Unser Entwurf ist in diesen Fehler nicht gefallen, denn wir glauben, daß fast in allen Materien noch Etwas zuzusetzen sey, namentlich über den Thatbestand, über die Urkunden, die zum Beweise vorgelegt werden (da doch soviel von Zeugen gesagt ist), ferner über die Vernehmung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung u. s. w. Manchmal steht wohl auch ein Satz, der ganz wegbleiben kann, z. B. Art. 19. Im Uebrigen möchten wir nie an eine Prozeßordnung zu große Ansprüche machen, weil, wenn sie principfest und practisch passend ist, die Praxis selbst ihr am besten forthilft, und eine Revision nach einem Lustrum oder Decennium nie wird umgangen werden können. Wir wollen jetzt unsern Blick nur noch auf zwei Punkte werfen:

1) Auf den Unterschied des ordentlichen und besondern Verfahrens.

2) Auf die außerordentlichen Rechtsmittel gegen Erkenntnisse.

Digitized by Google

ad 1. Wir finden schlechthin unpassend, wenn der Unterschied des ordentlichen und besondern Verfahrens auf den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen bezogen ist. Wenn wir nämlich auch zugeben wollen, daß die Vergehen nicht bei den Obergerichten angeklagt werden sollen, so ist doch gar kein Grund da, irgend eine Abweichung vom ordentlichen Verfahren bei den Vergehen anzunehmen, wobei wir nämlich voraussetzen, daß die Idee von dem Unterschiede der judices facti et juris aufgegeben wird [12]). Uebrigens stimmen wir mit dem Art. 178. überein. Gegen die Vorschriften über das ordentliche Verfahren dürfte Mancherlei zu erinnern seyn, und wir können den II. Titel des vor uns liegenden Werkes keineswegs als vollkommen gelungen ansehen, schon deßhalb, weil nicht die Umsicht der Theorie in den feineren Punkten sichtbar ist, man sehe z. B. die Art. 160, und 161., welche von dem Verfahren bei mehreren Verbrechen sprechen, denn es handelt sich hier um die bekannte Frage, ob das Princip des deutschen Prozesses entscheiden soll, welches eine Art von Strafconcursprozeß voraussetzt [13]), oder ob das sehr weise französische Princip recipirt werde, wornach der Staatsanwalt, welcher übrigens alle delicta in seiner Anklagsurkunde zusammenfassen muß, begehren darf, und der Präsident sogar von Amtswegen verfügen kann, daß einige und welche Verbrechen zuerst abgeurtheilt werden sollen. Wird das letztere Princip angenommen, so muß nur dafür gesorgt werden, daß der Angeklagte doch definitiv über alle seine Verbrechen abgeurtheilt und Nichts suspendirt werde, denn darauf hat er ein Recht [14]). Der Zweck unseres gegenwärtigen Versuches, der hauptsächlich auf das Strafgesetzbuch

12) Auch finden wir unsern Tadel besonders deßhalb begründet, weil der Entwurf die kleinen Vergehen in der prozessualischen Behandlung zu den Freveln stellt, während wir wohl geneigt seyn würden, ein summarisches Verfahren (ähnlich dem unbestimmt summarischen Verfahren des Civilprozesses) zuzugeben, sofern es allein der Behandlung dieser Vergehen — Frevel gilt.

13) Meine Entwicklung S. 147. ff.

14) Uebrigens ist auch Nichts davon gesagt, wie es gehalten werden soll, wenn nach der Urtheilsfällung neue Verbrechen gegen den Abgeurtheilten vorkommen, und daß der

Digitized by Google

gerichtet ist, erlaubt nicht, weiter in diese und andere Einzelnheiten einzugehen, die wir immer nach dem Gedanken prüfen würden, was sagt die Geschichte und Erfahrung des deutschen und fremden Rechts? Um auf unsern Hauptgegenstand zurückzukommen, so würden wir auch das zweite Capitel über außerordentliche Gerichte bei überhandnehmenden Verbrechen streichen, denn wo der Staat nicht eine Art von Kriegsrecht ausüben muß, wie da, wo das Standrecht begründet ist, müssen und sollen bei andern guten Einrichtungen des Staats, die ordentlichen Gerichte und das ordentliche Verfahren zureichen, und Nichts ist im Gange bürgerlicher Verhältnisse unheimlicher, als die Abweichung von dem gewöhnlichen Gange des Gerichtsverfahrens. Solche neue Erfindungen selbst zur Abwehrung schwerer Verbrechen, wie Mord, Raub und Brand, sind um so weniger für unsere Tage passend, als uns die Vorsehung vor jenem elenden Zustande früherer Jahrhunderte bewahren wird, wo Mord, Raub und Brand als edles Gewerbe, welchem durch gewöhnliche Polizeimasregeln und durch militärische Macht oft nicht zu widerstehen war, getrieben wurden. Sonach würden wir dem ordentlichen Verfahren blos das Standrecht gegenübersetzen, im Uebrigen allerdings eine eigene Ordnung über die Untersuchung und Aburtheilung der kleinen Vergehen und Polizeiübertretungen aufstellen[15]). Sollen wir zuletzt noch Etwas von den Urtheilen sagen, so müssen wir gestehen, daß uns manche Vorschrift, sowohl über die untergerichtlichen Erkenntnisse auf Anklage oder Absolvirung von derselben, als auch über die obergerichtlichen definitiven nicht gefallen hat. In der ersten Hinsicht würden wir durchaus mehr von den bekannten Grundsätzen über Erkennung der Spezialinquisition ausgegangen seyn und namentlich vielen Werth auf den Beweis des Thatbestandes gelegt (vgl. Art.

Verbrecher kein Recht darauf haben kann, daß die zuerst ausgesprochene Strafe auch zuerst vollzogen werde.

15) Eigenthümlich kommt es in der vorliegenden Gesammtstrafgesetzgebung heraus, wenn die kleinen Vergehen und die Polizeiübertretungen practisch zusammengenommen werden, nachdem man theoretisch absolut nöthig gefunden hat, sie zu trennen. Doch davon im nächsten §.

Digitized by Google

111); übrigens dem richterlichen arbitrium überall Spielraum gelassen haben: in der andern Hinsicht können Art. wie z. B. der Art. 173.[16]) Niemanden befriedigen, welcher weis, daß mit der Justiz nicht gemäkelt werden darf, sondern daß hier der consequent eine Weg nur der rechte seyn kann, wenn auch manchmal Collegialformen und Zufälligkeiten ihn allein brechen werden. — Endlich halten wir nicht für unwichtig zu bemerken, daß die Rechte des Vertheidigers noch erweitert werden können und müssen, indem es schon gestattet seyn muß, bei der Voruntersuchung einen Vertheidiger anzunehmen, welcher jedoch billig beschränkt werden kann, der aber darüber wachen wird, daß dem zur Untersuchung Gezogenen nicht zu viel geschehe, was um so nothwendiger ist, als die Parthei der Anklage durch den Staatsanwalt verstärkt ist, und zwischen diesem und dem Richter im Geiste des deutschen Verfahrens ein Patron des Beklagten nicht fehlen sollte.

ad 2. Alles Neue verdient in der Gesetzgebung besondern Widerspruch, denn geht es nicht aus der unmittelbaren Erfahrung und aus dem Leben hervor, sondern ist Construktion, dann ist es den Völkern und Richtern damit so, wie den Einzelnen mit einem ungewohnten Kleide. Der Gesetzgeber wolle ja nicht herrschen und seine Individualität objectiviren, sondern nach objectiven Principien nur bessern und führen. Daher können wir mit so vielem an dem vierten Titel „über außerordentliche Rechtsmittel gegen Erkenntnisse“ nicht übereinstimmen. Wir haben zwar

a) Nichts dagegen, daß in eine neue Gesetzgebung die zwar nicht dem deutschen, aber doch dem französischen Rechte schon bekannte doppelte Verjährung komme, nämlich eine Verjährung der Klage, und eine Verjährung des Urtheils. Dann aber müssen die Materien des I. und IV. Capitels im Entwurfe zusammengestellt und in genauer Beziehung aufeinander verarbeitet werden, denn sie entscheiden die drei Fälle:

16) Wo die Größe der Strafe von dem Verhältnisse der fünf Stimmen zu einander, namentlich ob drei zu zwei die Schuld aussprechen, abhängen soll.

Digitized by Google

1) Wenn Schuldig und Strafe ausgesprochen worden,
2) Wenn Nichtschuldig erkannt worden,
3) Wenn die Sache nicht zum Urtheil gekommen ist.

Dieser letztere Fall gehört nach unserer Ansicht mehr zur Verjährung der Klage, nämlich in so fern, als es sich allein davon handelt, was die Unterbrechung wirke. Genauer die Sache angesehen, sollte sie so lange als nicht verjährt und folglich zur Widereinnahme geeignet gelten, als vom Augenblicke der begangenen That nicht die bestimmte Verjährungszeit der Klage herumgelaufen ist. Dabei sollte man schon der Einfachheit wegen stehen bleiben, und folglich den oben angeführten zweiten und dritten Fall so beurtheilen, daß die Unterbrechung dem Verbrecher nicht schade. Obgleich dieses dem römischen Civilrechte nicht gemäs ist, so läßt sich dieser Gedanke doch gut rechtfertigen, schon deßhalb, weil darüber eine kaum zu lösende Controverse hinsichtlich der Zeitdauer nach liegen gebliebenem Prozesse im römischen Rechte besteht, und so dieselbe abgethan wird, endlich aber auch dieses die beste Art und Weise der Begünstigung des Verbrechers ist. Damit aber fällt das ganze I. Capitel zusammen, in welchem ohnedies der Art. 290. am allerwenigsten zu rechtfertigen seyn dürfte. Auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ob nova würden wir wenigstens der bloßen Strafmilderung wegen nicht zulassen: endlich ist der Art. 300 sehr geeignet, die Criminalprozesse zu vervielfältigen; und der Art. 299 gehört auf keinen Fall hieher, sondern in den Contumacialprozeß. Die Lehre von der Rehabilitation gehört in die Lehre von der Begnadigung und zwar zum Art. 19. des Entwurfes des Strafgesetzbuches und es ist noch eine große politische Frage, in wie weit das Recht der Begnadigung durch constitutiones generales zugesichert werden soll, indem der Begnadiger eigentlich den concreten Fall in's Auge zu nehmen hat; allein wir wollen diesen Weg der zur Besserung anreizenden Belohnung nicht verschmähen, glauben aber nicht, daß man deßhalb einen besonderen Rehabilitationsprozeß einzuführen nöthig hat. Auf diese Weise wären wir sehr geneigt, vorzuschlagen, den ganzen IV. Titel aufzuheben, und die etwa verbleibenden Sätze an anderen Orten des

Digitized by Google

Strafgesetzbuches und der Gerichtsordnung vorzutragen [17]). Wenn nach unserer Meinung die Criminalprozeßordnung immer erst im Reinen seyn soll, bevor die übrigen Grundsätze des Strafrechts regulirt werden [18]); so möchte vor Allem noch diesem Theile die Aufmerksamkeit der k. baierischen Regierung zufallen. Da man nicht mit Unrecht mancherlei Veränderungen an dem Bestehenden hier vornehmen will, so ist nicht zu denken, daß der erste Versuch gleich zum Ziele führe. Man muß niemals das Bestehende ganz umwerfen, denn dies heißt in das Rad der Geschichte eingreifen und übertriebene Reformen in der Gesetzgebung sind so unheilbringend, wie Gewaltthaten in der innern Politik. Das Gesetz in der Fortentwickelung der Staatenordnung ist bis in das Kleinlichste dasselbe; es leidet keine Sprünge. Die bisherige Prozeßordnung vom Jahr 1813 und auch der Entwurf für das Königreich Sachsen können, ohne die neu angenommenen Principien zu verletzen, weit mehr benützt werden, und überhaupt müssen überall darüber Betrachtungen angestellt werden, wie das Bestehende in das Neue übergehen soll z. B. die Lehre von der Confrontation. Nach unserer Ansicht muß auch der Entwurf schon deßhalb nochmals bearbeitet werden, weil wir zu den Vertheidigern der Beweistheorie gehören, und die Erfahrung beweisen wird, daß das Zurückgehen auf halbe Masregeln ein wahres Zurückschreiten in der Wissenschaft und Kunst der Rechtsanwendung ist. Bemühen sich doch jetzt schon die Nordamerikaner mit ihren Geschwornengerichten, Beweistheorieen für dieselben aufzustellen. Möge Jeder, der den Beruf hat, die Völker in unsern Zeiten zu führen, stets der ewigen Wahrheit eingedenk seyn, daß, wer das Bessere will, zuerst fest am Guten halte, wer vorwärts will, wache, daß er nicht zurückfalle, wer Neues will, das Bestehende prüfe, und die Wissenschaft nicht für unnützen gelehrten Kram ansehe, denn der Dichter sagt:

Verachte nur Vernunft und Wissenschaft,
Des Menschen allerhöchste Kraft,

17) Ausgenommen man wollte für die kleinsten Vergehen einen summarischen Prozeß aufstellen.

18) Hängt doch von der Anordnung des Gerichtsstandes soviel über die Classification der Verbrechen selbst ab!

Digitized by Google

Laß nur in Blend- und Zauberwerken
Dich von dem Lügengeist bestärken,
So hab' ich dich schon unbedingt.

Unsere Zeit, eine entferntere Vergangenheit im Auge, deren Schattenseite verdeckt wird, vergißt nicht selten die wissenschaftlichen Bestrebungen der nächsten Vergangenheit, besonders in der Strafrechtswissenschaft; hängt gewissen Stichworten unserer Volksredner nach, die bald die Wissenschaft nicht kennen, bald im Enthusiasmus ungerecht werden an Vor-, Mit- und Nachwelt.

So weit hatte ich geschrieben, als die Schrift des Herrn O.A.Rath v. Hinsberg mir zu Augen kam, welche mancherlei gute Bemerkungen enthält, und namentlich auf die Ungleichheit der Parthei des Angeklagten mit jener des Anklägers aufmerksam macht, im Uebrigen besonders die Geschwornengerichte angreift, auch mit Rücksicht auf meines Herrn Collegen Geh. Rath Mittermaier's neueste Rechtfertigung derselben, endlich überhaupt den in der That so vielfach verbesserten, bis hieher geltenden Criminalprozeß gegen die Neuerungen vertheidigt, wobei jedoch ein Punkt nach meiner Ueberzeugung nicht vertheidigt werden kann, daß nämlich aus den Acten eine klarere und reinere Ansicht der Dinge zu schöpfen sey, als aus dem lebendigen Benehmen mit den Angeschuldigten und Zeugen selbst; denn wenn man aus den Actenversendungen von sehr entfernten Gegenden bei der unvermeidlich lückenhaften und oft subjectiven Auffassung der Sache von Seite des Untersuchungsrichters kennen gelernt hat, wie eine einzige Frage, ein einziger Blick oft neues Licht auf das Bild werfen würde, kann man unmöglich mit einer solchen blos mittelbar eingenommenen, und in Umrissen dargestellten species facti zufrieden seyn.

§. 4.

Um über den Plan einer allgemeinen Landespolizeigesetzgebung ein sicheres Urtheil zu haben, müssen wir vorerst zwei Punkte erörtern:

a) Gilt für die Polizeistrafgesetzgebung ein anderes Princip, wie für die Criminalgesetzgebung?

b) Wird man einen großartigen Zweck bei einer allgemeinen Landespolizeigesetzgebung erreichen, und welchen?

Digitized by Google

ad a. Es gibt bekanntlich hier zwei Meinungen: der eine Theil behauptet, bei der Strafgesetzgebung müsse man von dem Buchstaben des Strafe drohenden Gesetzes ausgehen, und nichts sey strafbar, wo man sich nicht auf eine buchstäbliche Androhung beziehen könne: der andere Theil meint, im Strafrechte sey es, wie im übrigen Rechte; ihm nämlich seyen die gewöhnlichen Quellen der Rechtsbildung sämmtlich geöffnet, obrigkeitliche Verfügung, Sitte, Analogie, und höchstens könne bei der Interpretation des geschriebenen Rechtes die Rücksicht in Betracht kommen, daß von einer res odiosa die Rede sey. Eine Mittelmeinung, daß man im Criminalrechte die Gesetzesanalogie wohl anerkennen müsse, nicht aber die Rechtsanalogie, halten wir für eine übersubtile Unterscheidung, denn wenn man auch im Sinne der feinern römischen Jurisprudenz lex und jus unterscheidet, so muß das letztere vim legis haben, und eben so viel das id quod juri proximum est, als das, quod legi proximum est, gelten[19]). Noch auf eine andere Meinung wollen wir aufmerksam machen, wornach gar nicht zu läugnen sey, daß auch das Strafrecht auf die gewöhnliche Weise sich bilde, aber es gut seyn würde, wenn man diesem Bildungstriebe sichere Grenzen anwiese, und namentlich der politischen Freiheit zu Liebe Alles an den Buchstaben des neuen Gesetzwerkes binde[20]). Welcher Widerspruch, welche eitle Ueberschätzung menschlicher Kräfte in der Aufstellung eines solchen Gesetzbuches, dessen Plan so gewiß vereitelt wird, wie der des babilonischen Thurmbaues. Wir wollen nicht läugnen, daß, wenn, wie in Rom, eine Revision von Jahr zu Jahr möglich ist, die Idee dieser Art von Optimisten ihrer Erfüllung nahe gebracht werden könnte; aber ohne solche die gesetzgebende und ausübende Gewalt vermählende beständige Justizaufsicht ist Alles — frommer Wunsch. Eine Verbindung der gesetzgebenden und ausübenden Gewalt, auch unter der Form eines römischen Magistratsediets ist nach unsern Staatsverfassungen nicht möglich. Also leben wir der Ansicht, es werde wohl immer beim Alten bleiben, wornach auch im Straf-

19) Man sehe auch Schweikart in der Tübinger kritischen Zeitschrift 4. Bd. S. 494.

20) U. A. die Tübinger kritische Zeitschrift IV. Bd. S. 36 ff.

Digitized by Google

rechte mit dem Regimente des Buchstabens nicht auszulangen ist. Nun geht gerade unsere Frage dahin, ob vielleicht im Polizeistrafrechte das Gegentheil anzunehmen sey. Wir haben es schon an einem anderen Orte geläugnet[21]), und dies kann sogar im Geiste derjenigen geschehen, denen durch unsere Ansichten die politische Freiheit gefährdet scheint. Eine polizeiliche Strafe hat nämlich keine politischen Folgen, und das eigentliche Uebel trifft in der Regel nicht schwer, sondern ist und bleibt eine reelle Admonition. Dabei versteht es sich, daß man Gerichtsgebrauch und Analogie auch hier nur wird benützen können, wo die Unsittlichkeit oder Gemeingefährlichkeit an der Stirne der Handlung oder Unterlassung steht, nicht da, wo aus einem singulären politischen Grunde eine singuläre Polizeistrafverordnung gemacht ist. So wird man z. B. immerhin in der ersten Hinsicht Kinder strafen können, die ihren Eltern davon laufen, Eltern, die sorglos ihre kleinen Kinder allen Gefahren Preis geben, Apotheker, die mit ihren Giftsubstanzen nachlässig verfahren u. s. w. Somit darf man der Natur der Sache nach nicht erwarten, daß eine Polizeigesetzgebung gleich vollkommen abgeschlossen seyn kann, und es muß daher immer noch wie im prätorischen Edicte heißen: et si qua alia mihi justa causa videbitur. Dagegen ist unerläßlich, daß gegen jeden Polizeirichter der Weg der Beschwerde geöffnet sey, und daß die ganze Polizeiverwaltung in reinen und fähigen Händen liege, etwa auch das Maximum der Strafe bestimmt werde, sofern es sich von einem Falle handelt, der nicht buchstäblich im Polizeistrafcodex vorgesehen ist. Uebrigens wollen wir zugeben und hoffen, daß wir mit der immer vom neuen bewirkten Revision der Polizeicodices dem Zeitpunkte näher kommen, wo das Interesse der disciplina publica so ziemlich befriedigt seyn möchte, wenn der Buchstabe vollkommen vollzogen wird.

ad b. Hier muß man vor Allem darüber einig seyn, welchen Zweck die Polizeibehörden in einem Lande den Justizbehörden gegenüber durch Strafe realisiren sollen. Auch hier gibt es zwei Meinungen: die erste geht dahin, dem Polizeigesetzbuche, wie überhaupt der Polizei, eine subsidiäre

21) Criminal-Archiv XII. Bd. S. 305. 6.

Stellung zu geben, d. h. Alles, was in dem Criminalgesetzbuche nicht zweckmäßig verpönt würde, in diesen Supplementarcodex zu verweisen, wo es dann weniger auf den Charakter der strafbaren Handlung, als darauf ankommt, daß eine gewisse Unternehmung oder Unterlassung zwar nicht straflos bleibe, aber auch nicht zu streng bestraft werde. In diesem Sinne ist das österreichische Gesetzbuch über schwere Polizeiübertretungen gearbeitet [22]), und diese Ansicht hat eigentlich darin ihren historischen Grund, daß man theils durch das römische Recht verführt, theils durch die germanischen Gewohnheiten und Ansichten von den peinlichen Verbrechen bestimmt, sogenannte bürgerliche oder Civilverbrechen angenommen hat, ein Unterschied, welchen sogar die Carolina voraussetzt, indem sie von bürgerlicher Strafe spricht [23]). Sonach läßt selbst die Carolina zu, daß der Diebstahl nicht immer als eigentliches Verbrechen angesehen, sondern oft nur bürgerlich bestraft werde, worunter nicht gerade eine Geldstrafe im Sinne des römischen Rechts, sondern nach Art. 157. auch eine Gefängnißstrafe verstanden ist. Noch in andern Fällen wirklicher Rechtsverletzungen hat die deutsche Praxis bürgerliches Gefängniß im Gegensatz des peinlichen verhängt und auf diese Weise das Princip anerkannt, daß Läsionen, die nicht zur criminellen Cognition sich eignen, auf einem andern Wege mit öffentlicher Strafe verfolgt werden können. Eine andere Meinung ist aber die, wornach die strafbaren Rechtsverletzungen in dem Gesetzbuche über Verbrechen und Vergehen sämmtlich verbunden, dabei wohl nach diesen Worten im Sinne des Unterschieds der mehr oder weniger schweren Verletzung wieder getrennt, zusammen aber den übrigen strafbaren Handlungen, die den Namen Polizeiübertretungen führen sollen, entgegenzusetzen seyen [24]). Zu den Polizei-

22) Nur muß man hier nie übersehen, daß die Polizeiübertretungen im österreichischen Rechte diejenige Stelle vertreten, welche im gemeinen Rechte die bürgerlich strafbaren Handlungen im Gegensatze der Verbrechen einnehmen: vielleicht könnte man sagen, daß hier die Vergehen und Polizeiübertretungen des baierischen Systems gleichsam zusammengefaßt seyen.

23) Art 158.

24) Dies ist das System des französischen Rechts.

freveln würden dann alle in Hinsicht auf Staatsordnung gegebenen Gebote und Verbote gehören, welche durch eine Strafsanction verstärkt sind. Der Entwurf huldigt dieser Ansicht mit einer gewissen Eigenthümlichkeit; der Polizeistrafcodex soll nämlich auf die Rechtsgefährdungen, im Gegensatze der Rechtsverletzungen, beschränkt werden, wornach es scheinen möchte, als bezwecke dieser Codex nur, die Gefahren für öffentliche und Privatrechte zu beseitigen: allein in der That dehnt er sich auf alle Gegenstände des öffentlichen Interesses aus, und macht auch Handlungen strafbar, wodurch nicht gerade eine Gefahr der Rechtsverletzung, als vielmehr eine Gefahr für die Entwickelung des Nationalwohlstandes, und für die Erhaltung der Gesundheit, Religion und Sittlichkeit abgewendet werden soll. Wir glauben übrigens durchaus nicht, daß es gut sey, solche blos theoretische Grenzlinien, wie der Unterschied zwischen Rechtsverletzungen und Rechtsgefährdungen ist, in den Gesetzbüchern zu ziehen, zumal praktisch Alles auf das forum und auf die bürgerlichen Folgen, nicht auf das System ankommt. Dieß hat sich ja auch in den vorliegenden Entwürfen selbst bewährt, indem die Frevelgerichte kleine Vergehen und Polizeiübertretungen neben einander richten, und indem man darüber einig scheint, daß kleine Vergehen härtere Folgen in Hinsicht auf bürgerliche Ehre nicht haben sollen, als Polizeiübertretungen. Im Uebrigen sey mir hier eine Nebenbemerkung erlaubt. Hinsichtlich der infamirenden Handlungen sollte durchaus Nichts von der Strafart und Größe, auch nicht so wie in den Motiven §. 8. am Ende vorgeschlagen ist, abhängig gemacht werden, sondern Alles allein von der Art der Handlung, und der dieser zu Grunde liegenden Gesinnung. Die Delicte, welche infamiren, sind daher zu nennen, ja es können nicht strafbare dolose Unrechtlichkeiten und polizeiwidrige Handlungen dazu gestellt werden, wenn man dieses, um die bürgerliche Moral zu heben, für zweckmäßig hält: Nichts aber ist von der Strafgröße in dieser Beziehung abhängig zu machen, denn dieses verträgt sich nicht mit dem selbstständigen Zwecke, in welchem man eine bürgerliche Verunehrung annimmt, indem sonst diese macula immer nur die Nebenfolge und Schärfung einer bestimmten Strafe wäre.

Digitized by Google

Wir kommen nun darauf zurück, daß wir den Gewinn nicht hoch anschlagen, der durch die theoretische Begrenzung der Verbrechen mit den Vergehen einerseits und der Polizeiübertretungen andererseits entstanden ist. Wir sehen die Polizei in Beziehung auf das Strafrecht für eine Staatscensur an, und verlangen von ihr, daß sie Unrechtlichkeiten, Unsittlichkeiten und grobe Unanständigkeiten nach dem römischen Rechtsprinzipe „honeste vive" ahnde, wenn nicht schon auf einem andern Wege die Bestrafung eintritt. Dies ist um so consequenter, als ja der baierische Criminalentwurf mit Recht von dem Grundsatze ausgeht, daß nicht blos Rechtsverletzungen, sondern auch grobe Irreligiositäten und Unsittlichkeiten peinlich gestraft werden können. Die Römer straften den Meineid polizeilich (durch die censorische Note) weil sie ihn nicht als delictum publicum vel privatum wenigstens ursprünglich ansehen wollten. Uebrigens wollen wir damit keineswegs sagen, daß man offenbare Delicte als Polizeiübertretungen aufstellen, oder eine und dieselbe Delictshandlung nach ihrer innern Gradation bald als Verbrechen, bald als Vergehen, bald als Polizeiübertretung nehmen solle, wie dies z. B. nach der jetzigen Gesetzgebung in Baiern bei dem Diebstahle der Fall ist, und es bei dem frühern Polizeigesetzentwurfe der Fall war; indem man vielmehr die nöthige Unterscheidung vollkommen erreicht, wenn man Verbrechen und Vergehen trennt (offenbar in dem Sinne, wie in Deutschland immer peinliche und bürgerliche Bestrafung unterschieden wurde): — sondern wir glauben nur, daß überhaupt der Begriff Rechtsverletzung im Gegensatze der Rechtsgefährdung zu schwankend und unsicher sey, als daß man viel davon abhängig machen könne[25]). Was ist Rechtsverletzung? Eine Läsion, wie die Neueren sagen, eine materielle Beschädigung? oder eine injuria im

25) Und praktisch kann es kommen, daß man eine Rechtsgefährdung für ein Verbrechen erklären muß, z. B. bei den Römern das Verbrechen ex Scto. Liboniano — ferner in unserer Zeit die Verbrechen bei ansteckenden Krankheiten hinsichtlich der Cordonsüberschreitung ꝛc. Gerade diese Verbrechen nannten die Römer im Gegensatze der delicta naturalia — delicta juris civilis.

Digitized by Google

Sinne der Römer, d. i. ein Unrecht, bei welchem, wie bei der Contumelie und nach dem Grundsatze contra jus publicum est, quod contra bonos mores est, eine materielle Läsion gerade nicht wesentlich ist? Lassen wir solche unklare Begriffe der neueren Zeit bei Seite[26]) und bilden wir mehr den Unterschied der beiden Strafgesetzbücher so, daß wir jene genera delictorum, welche die Erfahrung des Lebens und das im Volke selbst lebende Recht als Verbrechen oder Vergehen ansieht, in den ersten Theil und die anderen strafbaren Handlungen ohne ängstliche Begriffscritik in den andern Theil weisen. Jedoch stimmen wir wiederholt darin vollkommen den neuen Entwürfen bei, daß die bisherige unnatürliche Trennung derselben Delictsgattung nach der Größe der Strafwürdigkeit in eigentliche delicta und in Polizeiübertretungen aufgegeben werde.

Um zuletzt noch ein Wort über den Umfang der Polizeistrafgewalt zu sprechen, so sollte man den Zweck des allgemeinen Polizeicodex gleich im Eingange genauer andeuten: und dies geschieht, indem man dasjenige, was der disciplina publica im engern Sinne angehört[27]), theils von den bloßen Ungehorsamsstrafen in Gerichts- und Verwaltungssachen, theils von den Strafverfügungen in Hinsicht auf die Localordnung gehörig unterscheidet, und für die beiden letztern Gegenstände auf die besondern gesetzlichen Quellen, auch in dem letzten Punkte auf gewisse Grenzen der Localpolizeithätigkeit[28]) im Allgemeinen hinweist. Auf solche

26) In den Motiven zum Polizeistrafgesetzentwurfe heißt es einmal: Allein wollte man dem Ausdrucke Rechtsverletzung diesen weiteren Sinn unterstellen, so würde es bloße Polizeiübertretungen gar nicht mehr geben — ein sicheres Zeichen, wie schon der Gesetzgeber die Wahrheit unserer Ansichten gefühlt hat.

27) Wenn man fragt, warum der Begriff von censura, welche die alten Völker so praktisch machten, in der neueren Welt gleichsam verdeckt worden ist, so muß man wissen, daß im Mittelalter die Kirche diese Richtung der Staatswirksamkeit vertrat, mit dem Kampfe gegen die Kirche aber, der sich durch eine vollkommene Emancipation des Staats endete, das Institut selbst in die Trümmer fiel.

28) Eine Localpolizeistrafgesetzgebung kann nicht entbehrt werden; z. B. hat man überall Gründe anzuordnen, daß zur

Art wird das Polizeistrafgesetzbuch ähnlich einem edictum perpetuum Censoris und der Zweck wie bei den Magistrats-Edicten der Römer erreicht, Willkührlichkeiten zu beseitigen. So wird dann auch die besondere Gerichts- und Amtsdisciplin mit der allgemeinen Landespolizei nicht verwechselt, und endlich muß den Localbehörden noch das Recht bleiben, für städtische Ordnung gewisse Verfügungen zu erlassen, und deren Befolgung durch Strafandrohung zu sichern. Auch eine Landespolizeiordnung kann daher das Strafsystem nicht abschließen, und auch hier kann der Buchstabe das Leben nicht in Fesseln schlagen, d. h. es wird sich gerade hier am meisten zeigen, daß einzelne Handlungen, die man nicht vorgesehen hat, nicht straflos bleiben dürfen, sowohl im Interesse des Staats, als weil andere noch weniger strafbare Handlungen wirklich mit Strafe bedroht sind. Unglücklicherweise werden diese meine Ansichten wenig befriedigen, weil es so viele Menschen gibt, die aus Unverstand oder Ueberschätzung ihrer Kräfte und Zeit glauben, es könne durch Gesetzgebung das Gebiet des Rechts abgeschlossen werden. Endlich sey uns noch erlaubt, einige historische Bemerkungen über die Principien der Entwürfe der Polizeistrafgesetzgebung in Baiern zu machen. Der erste Entwurf erschien im Jahre 1822 und hatte das österreichische Polizeistrafgesetzbuch zum Muster genommen, dabei aber nicht sorgsam überlegt, daß der alte gemeinrechtliche Unterschied in criminell und bürgerlich strafbare Handlungen, welchen das österreichische Gesetzbuch in seinem Unterschiede in Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen gleichsam wiedergab, in Baiern schon durch die Unterscheidung in Verbrechen und Vergehen bestand, und daß daher eine divisio tripertita, nach welcher das alte Material mit einiger Zuthat geordnet werden sollte, neu und bedenklich wer-

Ausfüllung von Gräben ꝛc. jeder Einwohner seinen Schutt abfahre — eine solche Vorschrift muß mit Strafe bedroht seyn, wenn sie wirksam seyn soll. Verbot bestimmter Wege und des Durchgangs kann nur durch Strafe gesichert werden. Man kann freilich diesen Punkt unter die Ungehorsamsstrafen der Verwaltungsbehörden stellen: allein man muß nur anerkennen, daß die Localpolizeibehörde Strafen setzen darf bis zu einer gewissen Grenze, wenn ein allgemeines Polizeistrafgesetzbuch existirt.

Digitized by Google

den konnte. Jener erste Entwurf hatte zwei Hauptfehler, die strenge Nachbildung sowohl im allgemeinen als besondern Theile nach dem Muster der Criminalgesetzgebung, nicht nur in Begriffen, sondern sogar in Erschaffung des Materials selbst, d. h. also nicht blos in der Form, sondern selbst im Inhalte: sodann die Bestrebung, Vieles strafbar zu machen, was der Staat besser einfach verbietet, und für eine Indecenz im bürgerlichen Leben erklärt. Beide Fehler wurden schon bei der Revision im Jahre 1827 erkannt, aber trotz der neuen Revision im Jahre 1832 sind sie noch nicht vollkommen beseitigt. Den ersten Fehler erkennen wir noch in den allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs (I. Abschnitt) der andere Fehler ist zwar ziemlich vermieden, aber man könnte hierin doch liberaler seyn, da kleine Strafen oft hier nichts nützen, und man der Sache selbst auf andere Weise besser begegnet. Dies ist z. B. der Fall im Art. 72., wo es genug ist, wenn die außer Land geschlossene Ehe für ungültig erklärt wird. Allein wir wollen bei der unverkennbar fleißigen und tüchtigen Zusammenstellung des in ein Polizeistrafgesetzbuch gehörenden Materiales, wie sie sich hier findet, und bei dem praktischen Takte, welchen man wahrnimmt, Kleinigkeiten nicht tadeln, wir wollen vielmehr dankbar anerkennen, was hiefür in Baiern geleistet ist; aber einige Bemerkungen über die allgemeinen Bestimmungen, die wir noch immer, wie früher im Archiv XII. Bd. S. 308. anfechten müssen, seyen nicht unterdrückt.

§. 5.

I. Daß die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auch bei der Anwendung der Polizeistrafgesetze gebraucht werden, versteht sich wohl von selbst: — dennoch möchten wir nicht durch einen besondern Artikel aussprechen, daß Alles gerade so gehalten werden solle, wie es im Criminalgesetzbuche verordnet ist, zumal wir später beweisen werden, daß selbst dasjenige, was man im Criminalgesetzbuche für generell hält, es nicht ist, z. B. die Lehre von dolus und culpa, und indem hier überall Verstand und Wissenschaft den rechten Weg finden, bestimmte Vorschriften aber in concreto nur das Gewissen beschweren, oder falsche Räsonnements erzeugen können. Wir würden den ganzen Art. 1. streichen.

Digitized by Google

II. Wenn man den Verweis als Strafe nicht ganz verwerfen will, so ist in unsern Tagen in andern Beziehungen, als bei der disciplina publica über Staatsdiener, doch nur geringer und vorsichtiger Gebrauch davon zu machen, denn die Politik verlangt dringend, die Auctorität des Staats bei den offenen und heimlichen Angriffen auf dieselbe dadurch zu erhalten, daß man entweder nicht strafe, oder so strafe, daß die Strafe gefühlt werde.

III. Die Art. 13 — 18. müssen offenbar einer Revision unterworfen werden, denn die Polizeiaufsicht ist gut, sowohl als Nebenstrafe bei Verbrechen, wie als eigene und selbstständige Strafe, auf die durch ein besonderes Urtheil zu erkennen ist. Aber die Ausführung der Sache wird ihre große Schwierigkeit haben, und wir glauben, daß man die Einsperrung als die höchste Gradation betrachten, und vorerst andere Maasregeln verhängen sollte, z. B. Controlle durch Polizeibeamte und Gensdarmen mit Visitation, Bestellung eines polizeilichen Curators ꝛc. Dabei wollen wir keineswegs verwerfen, daß der Wohlhabende durch Bürgschaftsbestellung eine Art von Caution mache, denn der Bürge ist gleichsam der durch eigenes Interesse bestellte polizeiliche Curator [29]).

IV. Den Art. 26. müssen wir nicht nur seiner Fassung, sondern auch der Sache selbst wegen angreifen. Jarke in seinem Handbuche I. Band §. 26. am Ende hat den Satz: in manchen Fällen komme es auf die Verschiedenheit der Willensbestimmung kraft besonderer gesetzlichen Dispositionen und aus politischen Gründen nicht an. Zum Beispiele führt dieser Schriftsteller die Steuercontraventionen an. Allein man muß genauer auf den Grund dieses eigenthümlichen Verhältnisses eingehen. Viele Strafen sind weniger eigentliche Delicts-, als vielmehr Ungehorsamsstrafen, d. h. nicht die Schändlichkeit oder Gemeingefährlichkeit der Handlung in ihrer individuellen Erscheinung constituirt das Unrecht, sondern der Angriff auf eine besondere politische Einrichtung oder Ordnung, der man Unterwerfung schuldig ist. Hier

29) Was in Paris so oft der Fall war, daß die Verbrecher unter einander mit dem nöthigen Gelde für die Bürgschaft sich unterstützen, ist in Deutschland nicht zu erwarten.

Digitized by Google

kommt es dann in der That nicht darauf an, aus welchem Grunde dem Gesetze die Anerkennung versagt wird; selbst die Unkenntniß und die leichteste Fahrlässigkeit entschuldigt nicht. Und dies zeigt sich besonders in dem von Farke gewählten Beispiele der Steuercontraventionen. Daraus folgt aber, daß es eine große Härte in der Gesetzgebung ist, wenn man ohne besondere Noth einen solchen durchgreifenden Gehorsam verlangt, und bei der Verhängung der Strafe die Art und Größe der Schuld gar nicht untersucht. Wir geben zu, daß in vielen Fällen die Strafe, besonders wenn es eine Geldstrafe ist, unnachsichtlich beigetrieben werden muß, und daß es hier heißen muß: in hac lege et levissima culpa venit — allein dies sollte speciell ausgedrückt werden, oder muß aus dem Zwecke des Gesetzes folgen. Es überall zu präsumiren, wie der Art. 26. thut, ist eben so hart und unrecht, wie wenn man früher überall den dolus präsumirte. Wir würden daher den ganzen Art. 26. weglassen; dagegen im Art. 35. eine genauere Bestimmung über die Folgen der ignorantia juris machen, auf welche es gewöhnlich hinausläuft, wenn jemand unwissentlich in eine Polizeistrafe fällt.. Und auch hier würden wir keine allgemein gesetzliche Disposition aufstellen, sondern dem Richter freilassen: unter Umständen die Entschuldigung der Fremden, Weiber, Minderjährigen und Unerfahrnen anzunehmen. Das Gesetz kann denn zu allem Ueberflusse im besondern Theile die Fälle ausdrücken, wo dies beneficium der eben angegebenen Personen wegfallen soll und muß.

V. Der Art. 27. so lautend: „Bei den Polizeiübertretungen ist der Versuch straffrei" ist nothwendig, so lange der Art. 1. steht — allein wenn dieser nach unserm Vorschlage wegbleibt, und die besondern Strafartikel gut gefaßt sind, so ist er ebenfalls überflüssig. Die Polizeistrafgesetzgebung muß nämlich so eingerichtet seyn, daß das zu bestrafende factum genau bezeichnet ist, so daß man sieht, es kömmt auf die That allein, oder darneben auf einen Erfolg an, und daß, wo das letztere der Fall ist, in den Worten des Gesetzes schon ausgedrückt ist, wie die That allein ohne Erfolg nicht strafbar macht. Es gelingt dies auch in der Regel dem Gesetzgeber und gewiß zeigt sich die wahre Lage

der Sache in der mens legis, und so halten wir den allgemeinen Artikel, der gerade manchmal zu einer falschen Interpretation anreizen könnte, für verwerflich.

VI. Den Art. 28. würden wir so fassen: Gehilfen und diejenigen, welche sich aus eigennütziger Absicht damit abgeben, gemeingefährlichen Polizeiübertretern Unterkunft zu verschaffen, werden im Verhältnisse zu der Strafe, welche auf die von ihnen unterstützten Frevel gesetzt ist, gestraft. Wenn wir nämlich auch zugeben wollten, daß man ein bestimmtes Verhältniß der Strafe bei den Verbrechen und Vergehen im Allgemeinen aussprechen könne, so würden wir es hier, wo die Strafgrößen zu klein sind, um dem Richter nicht freien Spielraum zu lassen, anders ansehen, zumal der Entwurf selbst anzeigt, wie man sich hier an dem Vorbilde des Criminalgesetzentwurfes nicht halten könne, indem es die sogenannten Begünstiger bei Polizeifrevel als Miturheber bestraft, die Gehilfen aber geringer stellt. Zweck und Art der Beihilfe ist auch hier zu verschieden, um etwas Generelles zu verfügen, manchmal von der Urheberschaft nicht zu unterscheiden, z. B. wer sich zum Boten im Verkehr mit den Feinden wissentlich brauchen läßt — manchmal als Beihilfe zu einem wirklich fremden Frevel schwerlich zu bestrafen, z. B. wer ein Kind auf Ansuchen des Vaters wissentlich in eine fremde Erziehungsanstalt abliefert. Ueberall aber hängt es hier ganz besonders von den eigenthümlichen Verhältnissen der That und der Absicht ab.

Bei dieser Gelegenheit aber wünschen wir eine Lücke in der baierischen Strafgesetzgebung ausgefüllt. Von der sogenannten negativen Theilnahme ist zwar allerdings in dem Criminalgesetzbuche die Rede, und die Grundsätze derselben sind nach dem Art. 1. des Polizeistrafgesetzbuches auch auf die Polizeifrevel anzuwenden (Art. 171. des Criminalgesetzbuches Nr. 5. 6.) was in einzelnen Fällen als eine außerordentliche Härte erscheinen wird. Dagegen ist eine Rücksicht der negativen Theilnahme an Verbrechen und Vergehen übergangen, die sich sehr gut zur Bestrafung nach polizeilichen Grundsätzen eignet. Man erkläre nämlich, daß jeder, der ohne Gefahr seiner Person und seines Guts ein Verbrechen oder Vergehen abwenden kann, und dieses un-

Digitized by Google

terläßt, mit einer polizeilichen Strafe belegt werden soll. Wenn wir nämlich ganz mit dem Gesetzbuche darin übereinstimmen, daß die negative Theilnahme nur ausnahmsweise criminell strafbar sey, so würde es doch das Interesse Aller für Gerechtigkeit und Abwendung der Verbrechen außerordentlich erheben, wenn auf die von uns vorgeschlagene Art eine bessere politische Moral erzeugt und dadurch der Uebelstand des geringen Interesses abgewendet würde, über welches die Motive zur Strafprozeßordnung mit Recht klagen [30]).

VII. Den Art. 30. würden wir ganz weglassen, weil er keine andere Bedeutung zu haben scheint, als den allgemeinen Uebergang zum §. 31. zu bilden: den §. 31. selbst aber würden wir mit dem Art. 28. und mit demjenigen, was wir als Ergänzung eben vorgeschlagen haben, unter der Ueberschrift: „von der Mitwissenschaft an Verbrechen und Vergehen, und von der Theilnahme an Polizeifreveln, insoweit eine polizeiliche Strafe hierdurch begründet ist“ verbinden. Freilich dürfte man sich dann durch den Gedanken nicht irre machen lassen, daß ja in einem Polizeistrafgesetzbuche Nichts von Verbrechen und Vergehen vorkommen dürfe, zumal es sich hier ja nicht einmal strenge genommen davon handelt; auch versteht es sich, daß die drei verschiedenen Punkte in drei verschiedenen Absätzen vorzutragen sind. Ganz gut schließt sich dann auch der Art. 29. an. Auf diese Weise bezweckt unsere Hauptreform im allgemeinen Theile des Polizeistrafgesetzbuches die Art. 26. — 31.

VIII. In den Art. 32. 34. 36. dürfte es vielleicht besser seyn, nach dem, was oben unter Nr. VI. ausgeführt, das richterliche arbitrium frei zu lassen.

IX. Der Art. 35. spricht blos von der ignorantia facti, hier würden wir Einiges über die ignorantia juris nach unserer Bemerkung zu Nr. IV. einfließen lassen, zumal im besondern Theile viele sehr positive Strafbestimmungen sind, welche Fremde, Weiber, Minderjährige und Unerfahrene

30) Gefehlt war es freilich, wenn im Code pénal vor dem Gesetze vom 28. April 1832. die negative Theilnahme unbeschränkt als Verbrechen bei Delicten gegen die innere oder äußere Sicherheit des Staats angesehen wurde.

Digitized by Google

hart treffen würden. Der größte Theil der Polizeifrevel gehört immer zu den delictis juris civilis.

X. Das Princip des Art. 40. über den Zusammenfluß halten wir für unrichtig, als eine Folge der fehlerhaften theoretischen Ansichten der neueren Zeit über Concurrenz — wir glauben nämlich, daß der römische Satz: Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam [31]), die so natürliche Regel bilden muß, die in der That im gemeinen Rechte auch nirgends aufgehoben ist, und nur eine Modification zuläßt, nämlich wenn nach unserem Strafconcursprozesse die sämmtlichen Strafen, wie die Alten sagten, nicht compatibel sind — ein Verhältniß, was bei den Polizeistrafen schwerlich oft eintreten wird, ja eigentlich gar nicht eintreten soll, indem man hier ja die mehreren Gefängnißstrafen oder Geldstrafen nebeneinander erkennen kann, wo dann auch, wenn man nicht zusammenrechnet, von einer Ueberschreitung des Strafmaximum nicht die Rede seyn wird. Der Absch. 2. im Art. 40. ist unnöthig. Den Art. 41. billigen wir vollkommen, der Rückfall als Straferschwerungsgrund bei Polizeifreveln ist sehr passend. Nur der Absatz 2. des Art. 41. ist etwas willkührlich; seine Gründe aber sind allerdings zu erkennen.

Hiemit wollen wir vor der Hand unsern Betrachtungen über das Polizeistrafgesetzbuch eine Grenze setzen. Die allgemeinen Bestimmungen sind deßhalb von ganz besonderer Bedeutung, weil ein Fehler in denselben den Geist der ganzen Strafgesetzgebung verdirbt, während ein Fehler im besondern Theile leicht durch Veränderung des einzelnen Artikels gehoben werden kann. Die Beurtheilung des besondern Theils eines Polizeistrafgesetzbuches muß zum großen Theile den Erfahrungen der Zukunft überlassen werden, und an einem solchen Werke müssen, wenn einmal der Grundstein gelegt ist, nicht Einzelne, sondern ganze Generationen arbeiten. Dabei muß die Arbeit verständig eingerichtet werden, damit etwas Gemeinnütziges herauskomme. Der Staat muß Jemanden, welcher der Sache gewachsen ist, damit beauf-

31) L. 2 p. D. 47. 1.

Digitized by Google

tragen, in beständiger Verbindung mit den vollziehenden Behörden das Leben zu bewachen, um die Bedürfnisse desselben zu erkennen, die nöthigen Abänderungen und Verbesserungen einzusehen und in Vorschlag zu bringen. Von der Gesetzgebung kann man sagen, wie von der stolzen Eiche: Canescet saeclis innumerabilibus. Cic. de legg. I. 1.

§. 6.

Nach unsern unmasgeblichen Vorschlägen würden wir die allgemeinen Bestimmungen des Polizeistrafgesetzbuches so ordnen:

1) Gleich anfangen mit den Strafen, wie auch schon andere vorgeschlagen haben [32]: hiebei die Strafe des Verweises weglassen, und die Grundsätze der Polizeiaufsicht namentlich den Art. 16. verändern. Die Aufschrift, die jetzt vor dem Art. 6. steht, würden wir so ändern: Folgen der Bestrafung.

2) Wenn hiernach der erste Titel etwa die Ueberschrift führte: Von den Strafen der Polizeifrevel und von den Folgen der Bestrafung im Allgemeinen in Beziehung auf polizeiliche Wirksamkeit, so wird der zweite so zu überschreiben seyn: Von der Mitwissenschaft an Verbrechen und Vergehen, und von der Theilnahme an Polizeifreveln, insoweit durch beide Rücksichten eine polizeiliche Strafe begründet wird. Der Inhalt dieses zweiten Titels wird nach unsern Bemerkungen zu Nr. VI. und VII. gebildet.

3) Der dritte Titel handelt dann von der Zurechnung.

4) Der vierte von der Zumessung und

5) Der fünfte von der Erlöschung der Strafarbeit.

§. 7.

Die Namen Justinian, Karl der Große, Maximilian I., Karl V., Napoleon gehören der Geschichte von vielen Seiten an, dem ewig blühenden Baume des Lebens nur durch die Werke ihrer Gesetzgebung. Die Gesetzeswerke tragen mehr den Geist ihrer Zeit, als alle anderen Thatereignisse, und wer die Römer und ihre Geschichte erkennen will, wird die reichste Aufklärung in ihrer Rechts-

32) Tübinger kritische Zeitschrift III. Bd. S. 388.

Digitized by Google

geschichte, wer das Mittelalter erkennen will, das Beste darüber aus den Instituten der germanischen Rechte und Gewohnheiten, sowie aus dem Corpus juris canonici entnehmen, und wehe dem Historiker, welchem diese großen Documente der wahren und eigentlichen Weltbeherrschung nicht vor Augen stehen. Und dabei kömmt es nicht auf eine allgemeine Einsicht in dieselben, als vielmehr auf ein genaues Begreifen ihres Details an. Daraus folgt, daß keine Unternehmung welthistorisch wichtiger seyn kann, als eine Gesetzgebung, die im ächt deutschen Sinne als wahrer Spiegel des Rechts und der Nationalität einer Zeit leisten soll, was Wissenschaft und Tugend in derselben vermögen. Eben deßhalb mag es seyn, daß allerlei weniger bedeutende Einrichtungen und ihrer Natur nach vorübergehende Anordnungen zur Probe getroffen werden; aber dasjenige, was als die Grundlage der bürgerlichen Strafgesetzgebung einer Nation in einer gewissen Zeit anzusehen ist, muß eine allseitige und gründliche Prüfung aushalten. So mag es uns nicht verübelt werden, wenn wir einige Hauptbestimmungen des allgemeinen Theils des eigentlichen Strafgesetzbuches, so fest sie auch durch die übereinstimmenden Ansichten seit dem Jahre 1813 zu stehen scheinen, doch noch durch einige Bedenken und Zweifel zu erschüttern wagen.

§. 8.

I. Von den Strafen.

So sollte das erste Capitel überschrieben seyn; denn dies ist der natürliche Anfang eines practischen Werkes über Strafrecht, besonders, wenn man die Grundsätze über das Verfahren daraus verweist. Man sehe nämlich ein solches Werk für eine Instruktion der Gerichte, oder für einen Volkskatechismus an; der erste Blick muß auf die allgemeine und nächste Folge des Verbrechens fallen. Im Uebrigen sey im Vorübergehen bemerkt, daß wir die Gesetzbücher, so bald und so lange eine Wissenschaft des Rechts besteht, immer in Verbindung mit dieser und also für die Rechtsverständigen abgefaßt ansehen, und erwarten, wie erst daraus wieder durch eine geübte Hand ein Volkskatechismus gefertigt werde. Dabei versteht sich, daß der gebildete und

Digitized by Google

und verständigere Theil der Nation das Gesetzbuch selbst zu Rathe ziehen kann und soll: freilich wird Manches auch von diesem Theile des Volkes wegen der in jeder Gesetzgebung vorkommenden Technik nicht genau genug aufgefaßt werden.

Bei den Strafen der Verbrechen und Vergehen würden wir die poenae communes, als solche zuerst, und dann in einem eigenen Artikel die auf die Staatsdienstverhältnisse sich beziehenden poenae speciales anführen [33]), auch den Verweis weglassen; so daß die gemeinen Vergehensstrafen lediglich in Gefängniß- und Geldstrafen bestehen. Hier würde dann gleich zu sagen seyn, welche Vergehen einem summarischen Prozeßverfahren unterliegen sollen. Auf diese Weise wird dann der doppelte Zweck wohl erreicht, daß weiter nicht, als zwischen Verbrechen und Vergehen unterschieden, die kleinen Vergehen aber wie die civilrechtlichen Bagatellsachen abgethan werden. Den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen aber finden wir in der Geschichte, im Leben, in der Sprache, in der Sache selbst so begründet, daß wir uns auf die bei dem Hannöver'schen Entwurfe dagegen vorgekommenen Argumente nicht weiter einzulassen brauchen. Daß übrigens die unbedeutenden Vergehen, z. B. ein kleiner nicht beschwerter Diebstahl, als Vergehen und nicht als Frevel gerichtet werden müssen, darüber finden sich in diesem Entwurfe und dessen Motiven selbst die schlagendsten Bemerkungen. Darüber, ob die Todesstrafe durch das Fallbeil, oder auf die deutsch herkömmliche Weise durch das Schwerdt zu vollziehen sey, wollen wir unsere im §. 78. der Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts vertheidigte Ansicht nicht wiederholen, denn am Ende muß sich jeder in den Geist der Zeit fügen, welche Macht gar oft die ihr fremdartigsten Verhältnisse tyrannisirt. Die Vorliebe für das Fallbeil hängt mit der Herrschaft des Mechanismus und Maschinismus zusammen [34]). — Bei der Kettenstrafe ist das Ausgezeichnete der Strafart der bürgerliche Tod: wir zweifeln aber,

33) Das Strafensystem soll sich dem Auge gleich in der Strafscala zeigen; diese Rücksicht aber wird unterdrückt, wenn man eine poena propria unter die poenae communes mischt.

34) In dem Hannöverischen neuen Entwurfe ist bekanntlich die Schwerdtstrafe wieder hergestellt.

Digitized by Google

die Anwendung dieses an sich nicht verwerflichen Mittels in dem vorliegenden Zusammenhange des Strafensystems passend sey. Wenn die Strafe des natürlichen Todes es mit sich bringt, daß der auf diese Strafe Angeklagte das Verfügungsrecht über das Seinige verliert, und folglich ein Testament nicht mehr errichten kann, so ist die Annahme eines bürgerlichen Todes consequent; aber wenn jenes der Fall nicht ist, so ist der mit dem bürgerlichen Tode Bestrafte gewissermaßen härter daran, als der mit dem natürlichen Tode Bestrafte. Auch würden wir die Folgen des rechtskräftigen Urtheils wie bei den Römern auf die Zeit der litis contestatio oder der Versetzung in den Anklagestand zurückbeziehen, weil man sonst die Wirkung des Gesetzes in Hinsicht auf die Testamentifaction zu leicht vereiteln kann. Wenn man den bürgerlichen Tod nicht annimmt, kann man der Einfachheit des Strafsystems wegen die Kettenstrafe ganz aufgeben. Bei der Anordnung der Detentionsstrafen aller Art ist der eine Theil der Satzungen *politisch*, der andere *juristisch*. Jener beruht allein auf der guten Einrichtung der Detentionsanstalten und etwa noch auf der Zusicherung einer Belohnung für die gute Aufführung am Straforte — Dieser aber auf den Nebenfolgen der Strafe. Ob man dann dieselben nach der Art der Strafe oder nach der Natur des Verbrechens oder Vergehens festsetzen soll, kann bezweifelt werden. Der Entwurf nimmt beide Principien neben einander an, und es thut Nichts zur Sache, daß die Ausdrücke *Verbrechens-* und *Vergehensstrafe* gebraucht sind [35]): wir aber würden mehr für das letztere System in seiner Reinheit seyn. Es handelt sich nämlich bei den Nebenfolgen fast durchaus nur von Ehrenfolgen. Als solche sehen wir die Bestimmungen der Art. 22. — 26. an [36]). Hier aber kömmt es durchaus mehr auf die Schändlichkeit der Handlung, als auf die Größe der Strafe an. Nicht immer erscheint z. B. ein politisches Verbrechen als entehrend, etwa wenn sich Jemand der mit Unrecht entthronten Familie, welcher er zur Dankbarkeit und Treue besonders

35) Man vergleiche nur die Art. 22. 23.

36) Der Art. 25. gehört auch hieher, denn er enthält eine Art von römischer intestabilitas.

verpflichtet ist, annimmt. Ebenso ist dieses der Fall bei dem Zweikampfe, wenn man diesen wie in unserm Entwurfe als Verbrechen ansieht. Wir würden daher wenigstens, wenn auch der Art. 22. beibehalten werden sollte, vorschlagen, dorthin und im Art. 24. aufzunehmen, daß suo loco im speziellen Theile Ausnahmen von dieser Folge angezeigt seyen. Dieses würde dann ein sehr passendes Seitenstück zum zweiten Absatz des Art. 24. geben. Die Verfügung über die Administration der Vermögensrechte scheint uns mehr in das Civilrecht zu gehören: die polizeiliche Aufsicht mehr in das Polizeistrafgesetzbuch, wobei wir schon oben das Nöthige bemerkt haben und die Bekanntmachung kann ganz wegbleiben, wenn Oeffentlichkeit in der Handhabung der Strafjustiz statt hat. Im Uebrigen ist das Capitel von den Strafen sehr vorzüglich gearbeitet: und nur über einen einzelnen Punkt denkt der Verfasser dieser Kritik noch etwas anders. Er gibt nämlich im Allgemeinen wohl zu, daß bei der Erkennung der Strafen keine Privilegien als mitigirende Regeln für ganze Stände seyn sollen: aber die Privilegien oder besonderen Rechte ohne alle Ausnahmen können nicht unterdrückt werden, weil dieses nur der wahren Gerechtigkeit, dem aequum jus, schaden würde. So werden sich unter allen Richtungen politischer Constellationen, Privilegien der Minderjährigen, der Weiber, der milden Anstalten im Privatrechte erhalten: und im ähnlichen Geiste wird man bei gewissen Klassen von Verbrechen und Verbrechern verfahren müssen, wenn man durch die Strafart selbst nicht zu hart strafen will. Dieses erkennt auch der Entwurf im Art. 20. an, aber er stellt keine allgemeinen Grundsätze auf, sondern währenddem sonst die Sache in das arbitrium des Gerichts gestellt wurde, soll jetzt das arbitrium des Gerichts und des Begnadigers zusammenwirken. Dies ist der Sinn des Gesetzes und die Sache hiernach viel weniger odios, als wie sie andere dargestellt haben. Wir würden aber vorziehen, den Richtern einige allgemeine Regeln zu geben[37]), diesen eine clausula generalis[38]) anzuhängen, sofort aber die

37) Vorsichtig muß man dabei allerdings seyn, aber unmöglich ist die Aufstellung solcher Regeln nicht.

38) Diese könnte etwa in der Hinweisung auf die Ansicht

Richter anzuweisen, in Zweifel gegen das besondere Recht zu entscheiden, und dem Verurtheilten allein den Gnadenweg offen zu halten.

§. 9.

II. Vom bösen Vorsatz und von der Fahrlässigkeit.

Seitdem die Einheit Deutschlands durch die Auflösung des deutschen Reichs und der höchsten Reichsgerichte in der praktischen Jurisprudenz nicht wenig erschüttert wurde, gewann die gerade zu derselben Zeit durch philosophische und historische Behandlung neu erregte Wissenschaft oft einen ungebührlichen Vorsprung vor der Praxis. Und so geschah es, daß die deutschen Gesetzentwürfe, meistens von Theoretikern bearbeitet, nicht selten dasjenige in sich aufnahmen, was jederzeit der Wissenschaft wird angehören müssen. In solchen Punkten ist es nicht einmal Sache der Gesetzgebung, Controversen zu entscheiden, weil diese einmal wissenschaftlich durchgekämpft werden müssen. Wenn nun unser Entwurf vielfach von diesem oft gerügten Fehler zurückgekommen ist, so dürfte doch manchmal noch des Theoretischen durch Generalisiren zu viel seyn. Zugegeben nämlich auch, daß eine systematische Gesetzgebung im allgemeinen Theile eine Aufstellung ihrer Grundsätze liefern dürfe und solle, so muß dies doch immer so geschehen, daß mit Umgehung aller Begriffe überall in das Besondere verwiesen wird. Daher haben wir den Entwurf zu loben, daß er weder den Vorsatz noch die Fahrlässigkeit definirt hat, aber wir müssen daran ausstellen:

1) Daß die Hauptregel nicht so gefaßt ist: Zu einem Verbrechen und Vergehen gehört böser Wille. Daraufhin würde man gleich auf die Fälle speziell haben verweisen können, wo ein gewisser Erfolg durch Fahrlässigkeit herbeigeführt, auf den Thäter Strafe bringt. Der Verf. hat zuerst darauf aufmerksam gemacht, daß im gemeinen Rechte die Fahrlässigkeit nur bei der Tödtung und Brandstiftung bestraft wird — und findet man etwa zweckmäßig, noch einen und den andern Fall hereinzuziehen, so lassen sich diese wenigen Punkte, wo die Fahrlässigkeit strafbar macht, in ihrer an sich höchst

des Volkes von der Handlung, von der Person des Thäters, von dem Erfolg der Bestrafung gebaut werden.

verschiedenartigen Natur doch gleich so andeuten, daß alle ohnehin nur mit construirender Phantasie ausgemahlten communia überflüssig werden. Ebendeßhalb würden wir dann auch die Art. 38. bis 40. lediglich streichen, und insoweit den Entwurf von 1827 wieder herstellen. Die darin liegenden Gedanken werden zweckmäßiger im besonderen Theile, wo der bestimmte culpose Fall als strafbar hervortritt, kurz benützt werden können, was sie verdienen.

2) Daß die Artt. 36. und 41. wegen ihres zu generellen Standpunkts gefährlich sind, der letztere sogar unrichtig ist. Es ist nämlich hier von dem sogenannten dolus indeterminatus, indirectus und der Feuerbachischen culpa dolo determinata die Rede. Die Fälle, welche diesen Begriffen zu Grunde liegen, gehören einzelnen Verbrechensgattungen an, z. B. den Angriffen auf die Person — den verschiedenen Gewaltthätigkeiten in Beziehung auf den Staat u. s. w. Bei der Untersuchung solcher Fälle findet man:

a) Daß der böse Wille sowohl auf den einen als andern Erfolg aber alternative geht.

Oder b) daß man wohl weis, daß zu dem einen Erfolge noch ein anderer kommen könne, so daß man sich in den letzteren eventuell ergibt.

Oder c) daß man über den Erfolg nicht speziell nachdenkt, sondern in rechter Herzenshärtigkeit auf Alles gefaßt ist.

Oder d) daß manchmal der wirklich weder speziell noch generell bedachte Erfolg hätte vorausgesehen werden können. In den ersten drei Fällen sind mit dem Verbrecher nicht viele Complimente zu machen, und dies folgt schon aus der Natur des dolus: im vierten Falle aber thut man durchaus Unrecht, von den Grundsätzen der Concurrenz auszugehen. Sowie nämlich in den ersten drei Fällen nur diejenige Erscheinung bestraft wird, die wirklich hervortritt, und nicht etwa zwei Delicte angenommen werden, sofern nicht wirklich deren zwei beabsichtigt sind; so ist es gewiß auch unrichtig, wenn ein beabsichtigtes Delict in ein schweres Delict, welches nicht beabsichtigt war, durch die Umstände übergegangen ist, zwei Verbrechen strafbar finden zu wollen, denn die an und für sich eine Handlung ist nur aus dem einen oder anderen Standpunkte aufzufassen. Die beste Analogie dazu gibt die

Digitized by Google

Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Sowie nämlich hier die Einheit der Absicht die Einheit des Verbrechens constituirt, obgleich mehrere Handlungen stattgefunden haben: so bringt die eigenthümliche Natur jenes Verhältnisses, wo ein anderer Erfolg eintritt, als welchen man beabsichtigt, mit sich, daß eine Handlung zwei Erfolge herbeiführen, dennoch aber nur als eine strafbare Handlung angenommen werden kann. — Zwar behaupten nun Viele unter den neueren Criminalisten, dies sey gerade der Fall der sogenannten idealen Concurrenz; allein wir haben schon in unserer Entwickelung nachgewiesen, daß der ganze Begriff von idealer Concurrenz auf keiner positiven Grundlage ruht, und daß, wenn auch zugegeben werden kann, daß schon die Römer in einer und derselben Handlung mehrere Delicte fanden, dieselben doch nicht selten, wo mehrere Strafgesetze auf die eine Handlung anzuwenden waren, erklärten, es sey nur idem delictum, eadem res da, und folglich die Anwendung der mehreren Strafgesetze nicht zulässig. Dieses war auch unbedenklich in unserem Falle ihre Ansicht: wer z. B. Jemanden verwunden wollte, und ihn tödtete, konnte als Gewaltthäter nach der lex julia de vi, oder als culposer Todtschläger bestraft werden, aber beide Straffolgen ließen sie gewiß nicht neben einander zu, schon deßhalb, weil eigentlich das Delict immer nach dem animus beurtheilt wurde, l. 53. D. 47. 2. l. 14. D. 48. 7., und wo nicht ein doppelter animus war, auf keinen Fall eine doppelte Bestrafung stattfand. Weßhalb sich auch Martin in seinem Lehrbuche hier in der Beurtheilung des römischen Rechts durchaus geirrt hat. Darin hat aber Feuerbach im §. 59. und 60. seines Lehrbuches vollkommen Recht, daß eigentlich zwei Fälle zu unterscheiden sind:

1) Derjenige, wo auf einen oder den anderen Erfolg die Absicht klar hinging, oder wenigstens der doppelte Erfolg dem Verbrecher vor Augen stand, dolus alternativus, eventualis, generalis [39]).

2) Derjenige, wo der Verbrecher nur auf einen Erfolg dachte, aus der Natur seiner Handlung aber der andere

39) Unsere oben sub a. b. c. bezeichneten Fälle.

Erfolg entstand, wenn er auch nicht nothwendig daraus entstehen mußte. Wenn nun im ersten Falle, wo z. B. Jemand einen Andern verwunden oder tödten will, und der Tod eintritt, die doppelte Absicht nicht doppelt bestraft wird, mit welcher Consequenz kann man im zweiten Falle denjenigen, welcher einen andern nur verwunden wollte, aber tödtete, sowohl als dolosen Verwunder, wie als culposen Todtschläger strafen? Wohl sagt man, wer Jemanden ohne Absicht zu beschädigen, aus Fahrlässigkeit tödtet, kann doch nicht auf gleicher Stufe mit Jenem stehen, der einen Andern verwunden will und dabei ihn tödtet. Aber in der That sind auch beide Fälle in der Rechtsfolge sehr verschieden, denn im letzteren Falle hat der Ankläger die Wahl, ob er den Verbrecher als dolosen Verwunder anklagen will, wo dann der schlimme Erfolg der Handlung den Richter gewiß zur härtesten Strafe, die er auflegen darf, bestimmt, oder ob er den Verbrecher als culposen Todtschläger anklagen will, wo der böse Wille des Verwunders an sich die Schuld zur groben stempelt. Wer auf zweien Wegen, wenn auch alternative, angegriffen werden kann, ist gewiß schlimmer daran, als wer nur von einer Seite gepackt werden darf. Davon ist also die Rede, ob die alternative Richtung in eine cumulative verwandelt werden könne. Physische und logische Gesetze stehen hier entgegen; wer todt ist, ist nicht blos verwundet: und könnte es sich nicht treffen, daß Derjenige, welcher wegen einer Verwundung abgestraft ist, später in eine neue Strafe zu nehmen wäre, weil sich bei der Section des nunmehr Verstorbenen zeigt, wie jene Wunde die Ursache des Todes wurde? Daher wünschen wir dringend eine Revision der Art. 36. und 41. nach den Grundsätzen, die wir hier aufgestellt und näher in der Entwickelung des Strafrechts ausgeführt haben, die dann wenigstens gegründete Zweifel über die Richtigkeit der im Entwurfe angenommenen Meinung erregen dürften. Die Sache ist um so bedeutender, als wir das Princip des Art. 112. Nr. 1. nicht anerkennen können. So lange freilich dieses besteht, wird der praktische Unterschied der Ansicht des Entwurfes von der unserigen nicht so gros seyn, und deßhalb allein erscheint auch der Gedanke des Entwurfs dem praktischen Gefühle

haltbar: würde aber in der That eine solche Handlung doppelt bestraft, was doch consequent seyn muß, wenn die Handlung ein doppeltes Verbrechen ist, so würde dieses praktische Gefühl empört gewiß unsern Fahnen folgen.

§. 10.

III. Von Vollendung und Versuch.

A. Hier kömmt vor Allem in Betracht, ob über die Bestimmung des Anfanges vom Versuche die alte Lehre, welche das jetzt geltende Strafgesetzbuch aus der deutschen Theorie angenommen hat, oder die Lehre des Code pénal, welche in die neueren Entwürfe übergegangen ist, entscheiden soll. Die neueren deutschen Schriftsteller haben hier vielfach der französischen Phrase: „suivi d'un commencement d'exécution" gehuldigt, obgleich man das Wort commencement nehmen kann, wie man will[40]), und der Vortrag des Herrn Justizministers läßt uns glauben, als wenn schon früher das österreichische Gesetzbuch denselben Weg gegangen wäre: allein hier brauchen wir des Gegentheils halber nur auf den beßten Commentator des österreichischen Rechts, Jenull I. S. 196. (2te Ausg.) zu verweisen, wo man das österreichische Recht im Gegensatze zur josephinischen Gesetzgebung auffassen lernt, und einsieht, daß derjenige, welcher Gift kauft, ebenso im Versuche steht, als der, welcher das Gift mit der Speise vermischt hat. Gerne wird sich übrigens Referent der modernen Ansicht unterwerfen, wenn Jemand praktisch den Beweis liefert, wie man ein souveränes Kennzeichen des Unterschiedes zwischen Vorbereitungs- und eigentlichen Versuchshandlungen aufstellen könne. Nicht die Handlung ist es ja, die den Versuch macht, sondern die Absicht, in welcher die Handlung vorgenommen wird. So wie die verbrecherische Absicht kennbar genug in einer Handlung hervortritt, ist nach Sprache und Logik der Versuch da, und man

40) Im Uebrigen hat das französische Princip darin etwas Nothwendiges, daß das französische Gesetzbuch den Versuch der Vollendung gleich straft, wodurch man gedrungen wurde, den Conat möglichst zu beschränken. Dies hat man oft in Deutschland übersehen, und daher ist es so gefährlich, den comparativen Weg in einzelnen Rechtssätzen einzuschlagen.

Digitized by Google

kann wohl einen entfernten und nahen Versuch unterscheiden, nicht aber sagen, daß jener kein Versuch sey. Die neuen Motive sind hierin mit gutem Grunde kurz, denn sie sagen nur, es sey eine große Kluft zwischen dem Thun wollen und dem wirklichen Thun. Als wenn derjenige, der in die Apotheke geht um Gift zu kaufen, Nichts thäte! Oder wird unter dem Thun die Ausführung des Verbrechens verstanden, dann ist gerade das Thunwollen in irgend einer Handlung entäusserter Versuch. Dem Art. 43. des Entwurfes scheint es auch in der That nicht recht Ernst zu seyn, der neuen Lehre zu folgen, wenn er sie auch den Worten nach annimmt, denn er will gegen denjenigen, welcher einen Vorbereitungsversuch macht, polizeiliche oder disciplinäre Maasregeln ergreifen. Wir wissen zwar wohl, daß, wer im Rausche seine arge Gesinnung ausspricht, oder in der Gemüthserregung droht, noch keinen Versuch begangen hat, weil er überhaupt noch Nichts in Bewegung gesetzt hat, was als ein Mittel zu seinem Verbrechen erscheinen kann: aber wir glauben fest, daß, wo irgend Etwas geschehen ist, was ein Mittel zum Verbrechen liefert, und folglich den ernsten Entschluß, das Verbrechen vollführen zu wollen, ausdrückt, als Versuch angesehen werden müsse. Dies ist auch nicht einmal hart, weil derjenige, welcher wahrscheinlich machen kann, daß er seine Gesinnung geändert hat, straflos bleibt, wobei wir sehr unrecht finden, daß der Entwurf im Art. 45. die besondere Polizeiaufsicht, die, wie sie wenigstens im Polizeistrafentwurfe normirt ist, als wahre Strafe erscheint, androht. Gerade denjenigen, welcher sich selbst auf dem Wege zum Verbrechen aufhält, muß der Staat mit Gegenvertrauen ehren, und er hat sich Nichts vorzuwerfen, wenn er hier getäuscht werden sollte. Der Gesetzgeber, welcher die französische Theorie annimmt, schürzt einen Knoten, welchen der gesunde Verstand des Praktikers nimmer lösen kann, sondern willkührlich entzweischlagen muß. Auch hat unsere einfache Lehre keine Gefahren für den verbrecherisch Gesinnten, denn diejenigen Vorbereitungshandlungen, welche vielleicht mit einiger Härte bestraft würden, bleiben in 99 Fällen ihrer Natur nach unentdeckt, oder werden in Absicht und wahrscheinlicher Gesinnungsänderung straflos gewendet, bis einmal

Digitized by Google

im Ernste auf das Haupt eines frechen Bösewichts oder eines nicht ungefährlichen Einfaltspinsels eine Strafe fallen möchte.

B. Der schwierigste Punkt in der Lehre vom Versuche ist der über das Verhältniß der gebrauchten Mittel zum Erfolge. Wir stehen hier auf einem Gebiete, wo das fatalistische Princip des alten germanischen Rechts mit dem ethischen Principe des römischen Rechts noch im Kampfe liegt. Die Römer gingen nämlich von dem Grundsatze aus, welchen die vor uns liegenden Motive S. 79. so aussprechen: Jede Strafe muß, wenn sie nicht Product der Willkühr seyn soll, auf den in äußerer Handlung sich offenbarenden rechtswidrigen Willen bezogen werden. Nach diesem Grundsatze kann es nicht zweifelhaft seyn, daß, wer ein blos mit Pulver geladenes oder gar nicht geladenes Pistol, in der Meinung, es sey scharf geladen, auf Jemanden abdrückt, des Mordversuchs schuldig ist. Im Uebrigen kann man nach diesem Principe nicht annehmen, daß die Dummheit und der Unverstand gestraft werden solle, und das Todtbeten würde daher wohl auch von den Römern für keinen Versuch angesehen worden seyn. Wie sie die Sache beim Irrthume (error facti) behandelt hätten, ist sehr schwer zu entscheiden, obgleich uns scheint, daß sie überall von der Gefährlichkeit der Handlung und nicht von der Gefährlichkeit der Person ausgegangen sind. Wenn Jemand statt Gift Zucker gibt, so ist wohl die Gesinnung der Person gefährlich, die Handlung aber ungefährlich. Das moralische Princip kann nicht in seiner streng ethischen Durchführung für die Staatsordnung gebraucht werden, sondern es muß eine politische Beimischung in der Rücksicht auf die Gefährlichkeit der Handlung erhalten. Daher würden wir annehmen, daß auch hier kein strafbarer Versuch vorliege. Anders ist es, wenn Jemand mehrere Giftsubstanzen mischt, die sich neutralisiren, denn ein solches Experiment kann gewiß nicht ungefährlich genannt werden. — Im germanischen Rechte hatte immer neben dem menschlichen Willen auch der Fatalismus seine Bedeutung: ursprünglich deßhalb, weil das Compositionensystem immer und principaliter auf den Erfolg hinwies, später deßhalb, weil die göttliche Fügung in der religiösen Stimmung des Mittelalters nicht gering geachtet, und eine höhere Leitung aller Handlungen

Digitized by Google

und Schicksale der Menschen auch in der bürgerlichen Beurtheilung der Dinge angenommen wurde. So wollte man denn den Zufall in so ferne günstig einwirken lassen, als das gebrauchte Mittel kein Werkzeug für die auszuführende That war. Nach diesen Ansichten kann man dann nicht unterscheiden, ob ein solches Mittel in abstracto kein dienliches Werkzeug ist, oder ob es nur in concreto kein solches war. Diejenigen, welche gleichwohl so unterschieden haben, wie Mittermaier, Jenull, Jordan, sind zu dieser Unterscheidung durch eine dialectische Verstandesoperation gedrungen worden, weil sie den Buchstaben der Carolina nicht verkennen, aber doch dem Fatalismus nicht die Oberherrschaft über den menschlichen Willen lassen wollten. Unser Entwurf hält sich mit Recht an das römische Princip, und verlangt also nicht, daß das gebrauchte Mittel zur Vollführung des Verbrechens dienlich seyn müsse. Dieses hätte in den Motiven rein anerkannt werden sollen. Dagegen versteht es sich von selbst, daß, wo wegen rein objectiver Rücksichten, oder weil bei der subjectiven Beurheilung und Wahl des Mittels aus purem Unverstand und ungemeiner Dummheit ein durchaus unbrauchbares Mittel ergriffen worden ist, die Möglichkeit der Vollführung wegfällt, keine Strafe eintritt. Und unter dieser Aufklärung sind wir im Ganzen mit den Art. 46. 47. einverstanden: nur das bedauern wir, daß der Fall nicht besser motivirt ist, wo ein absolut unbrauchbares Mittel aus Irrthum statt des brauchbaren ergriffen ist. Die oben angegebene Unterscheidung, wornach die Gefährlichkeit der concreten Handlung andere Rücksichten verdienen dürfte, als die blose Gefährlichkeit der Person, ist nicht gemacht und geprüft: vielmehr ist wegen der Verkennung dieser Unterscheidung in den Motiven eine falsche Consequenz gezogen. Man behauptet nämlich, daß, wenn man einen solchen, der Zucker statt Gift gibt, straflos lassen würde, man auch dasselbe für denjenigen anzunehmen hätte, der nicht die gehörige Doss Gift gibt. Wir würden deßhalb zu bedenken geben, ob dem Art. 48. nicht am Ende beizusetzen sey: Jedoch kann wegen gänzlicher Ungefährlichkeit der Handlung unter besonders günstigen Umständen eine blose Verweisung an die Polizeibehörde stattfinden. Im Uebrigen ist der gesunde Geist

Digitized by Google

der in den Art. 46. 47. 48. herrscht, sehr zu loben; nur muß solchen Bestimmungen eine große Genauigkeit und Tüchtigkeit in der historischen und philosophischen Motivirung der Grundsätze zur Seite stehen, weil sonst der gesetzliche Text nicht einmal gehörig verstanden wird.

C. Der Art. 49. über den sogenannten qualificirten Versuch steht ganz consequent im Verhältnisse zum Art. 41., wo von der sogenannten culpa dolo determinata gehandelt wird: allein aus eben dieser Analogie der Fälle müssen wir die Bestimmung des Art. 49. verwerfen: denn die meisten Rechtslehrer sind darüber einig, daß hier, wenn man den Ausdruck ideale Concurrenz fortgebrauchen will, eine solche nicht vorhanden sey. Gesetzt etwa, das Dolchtragen sey verboten, und Jemand machte den Versuch, seinen Feind mit einem Dolchstoße umzubringen; würde man nicht sagen müssen, das erste Deliet liegt gleichsam schon im zweiten, und kann in einem solchen Falle nicht besonders aufgefaßt werden. Ganz etwas anderes ist es, wenn Jemand den Hausarrest bricht, und über die Polizeistunde im Wirthshause bleibt; hier sind zwei Deliete, denn die Verbote haben keinen nothwendigen Bezug aufeinander, und die eine Beschränkung ist nicht gemacht, damit das andere Verbot nicht übertreten werde; in unserm obigen Falle aber ist das Dolchtragen verboten, damit kein Mord geschehe, und jenes Verbot ist nur gegeben, um auch demjenigen auf den Leib zu kommen, welchem man eine Mordabsicht nicht nachweisen kann. Daher ist dieses eine zweite Mauer für den Delinquenten, auf die es nicht weiter ankömmt, wenn er schon in der ersten gefangen ist. Und so sind wir der Ansicht, daß bei dem sogenannten qualificirten Versuche durchaus kein Grund da ist, eine Concurrenz anzunehmen.

D. Höchst merkwürdig ist der Wechsel legislativer Ansichten über das rechte Maas der Beschränkung des richterlichen arbitrii. Zwei Klippen sind hier zu vermeiden, einmal, daß der Richter nicht im Voraus an Zahlen gebunden werde, wo die unendliche Mannigfaltigkeit der Erscheinungen Nichts fixiren läßt, das anderemal, daß der Zweck einer gewissen Gleichartigkeit der Strafgrößen bei dem Urtheile verschiedener Richter nicht verfehlt werde. In letzterer Hinsicht muß

Digitized by Google

ein Maximum und Minimum angegeben werden, wo dieses möglich und nöthig ist, in der andern Hinsicht muß man die Bestimmung der Strafgröße nicht zu einem Rechnungsz. B. Divisionsexempel machen. Eben deßhalb tadeln wir an dem Entwurfe des Jahres 1822, daß bei den Detentionsstrafen nicht einmal ein Maximum und Minimum bestimmt war, und tadeln in dem vorliegenden Entwurfe, daß man wieder bei dem Versuche von 1/3. 2/3. ꝛc. spricht, und in den Motiven gleich zugesteht, daß man ebensogut 1/4. 1/2. ꝛc. hätte sagen können. Es scheint uns hier zu genügen, wie das gemeine Recht in so vielen Jahrhunderten angenommen hat, daß bei dem Versuche nie die volle Strafe des vollendeten Verbrechens aufgelegt werde, im Uebrigen aber gerade wegen der unendlichen Mannigfaltigkeit der hier eintretenden Verhältnisse des Richters Ermessen frei bleibe. Die Gleichartigkeit der Rechtsausübung wird dabei nicht beeinträchtigt, zumal bei sehr gewöhnlichen Fällen sich bald eine Praxis bildet, und die ungewöhnlichen nie zu reguliren sind. Zweierlei scheint uns daher in den Art. 50. bis 54. bedenklich:

a) Daß im Allgemeinen ein Unterschied zwischen den zwei Graden des Versuches aufgestellt ist. Wir glauben nämlich, es lasse sich eine solche Grenzlinie nur bei den einzelnen Verbrechensgattungen und nie ganz allgemein ziehen. Daher ist auch die Bestimmung in den Art. 50. 51. so lau ausgefallen, ja in der Art unnatürlich, daß bei denjenigen Verbrechen, die keinen von der Handlung verschiedenen Erfolg haben, eigentlich nur ein geringerer Grad des Versuchs und diesem gegenüber ein höherer nicht vorkömmt. (Art. 51.) Ueberdies mußten doch noch so allgemeine Vorbehalte im Art. 50. und 54. gemacht werden, daß schon deßhalb diese Unterscheidung ihren praktischen Zweck verfehlt.

b) Daß man das Verhältniß des 1/3. 2/3. ꝛc. als Regel aufgestellt hat, während diese ganze Bestimmung doch nur auf die Detentionshausstrafen paßt, und man daher stille vorausgesetzt hat, man dürfe Dasjenige Princip oder Regel nennen, was doch nur ein Princip für eine einzelne Strafgattung, sey es auch die gewöhnliche, seyn kann. Daher nimmt sich auch der Art. 53. so sonderbar aus, welcher, weil sich hier ein Divisionsexempel nicht anbringen läßt,

Digitized by Google

ein ganz anderes Princip aufstellen mußte. Wie viel besser ist es, in solchen Dingen lieber kleine Willkührlichkeiten, die nie zu vermeiden sind, geschehen zu lassen, als das Reich des Geistes in willkührliche Fesseln zu schlagen. Wenn man von dem Lehrer verlangt, daß er den Fleiß im Besuche der Vorlesungen bezeuge, oder eine Prüfungsnote gebe, kann man ihm vorschreiben, daß er die Fragen zähle, die der Geprüfte nicht gelöst habe, um darnach die erste, zweite oder dritte Note zu bestimmen, und wird sich nicht das Resultat besser durch den Total-Eindruck, als durch ängstliches Hin- und Herealculiren ergeben. Kann man im andern Falle etwa sagen, daß, wer dreimal die Vorlesung versäumt habe, nicht ausgezeichnet fleißig sey u. s. w. Soll des Richters Function die eines Uhrwerkes seyn, die nach ihrem Gesetze bald die ganze Stunde schlägt, bald 1/4, 2/4, 3/4! Wir schließen diese Bemerkungen mit einer Ansicht, die uns nicht mißdeutet werden möge, indem wir die Bemühungen der baierischen Behörden in Hinsicht auf Gesetzgebung vollkommen anerkennen. Der Wechsel der Ansichten in diesen und ähnlichen Punkten seit 1813 ist nicht immer praktischen Erfahrungen, sondern auch vielfach den wissenschaftlichen Charakteren der wechselnden Arbeiter zuzuschreiben. So war Feuerbach theoretischer, Gönner praktischer — und das Stichwort unserer Tage ist nicht selten die rechte Mitte. (Motive S. 89.).

§. 11.

IV. Von der verschiedenen Art der Theilnahme am Verbrechen oder Vergehen.

Diese Lehre, welche im Entwurfe vom Art. 55. — 77. vorgetragen wird, ist offenbar eine der gelungensten Darstellungen, principfest, detaillirt, dem herkömmlichen Rechte und den Ansichten des Volkes treu, und auf dem Höhepunkte der Wissenschaft. Nur wenige Bedenken lassen sich demnach hier erheben:

a) Vor Allem müssen wir auf die neuen Bestimmungen im Vergleiche zum gemeinen Rechte aufmerksam machen. Hieher rechnen wir

α) Die Art. 60. und 73., wovon der erstere in den Hannöver'schen Entwurf übergegangen, aber daselbst mit Recht

wieder gestrichen worden, weil in dem Falle einer gesetzlichen Abhängigkeit einer Person von einer andern, wie der Kinder vom Vater, allerdings die mit dem Vater peccirenden Kinder, soweit das Strafmaas im arbitrio judicis steht, unter Umständen begünstigt werden können, aber in der That kein Grund da ist, im Allgemeinen die Regel aufzustellen, daß die gewaltabhängigen Personen nur als Gehilfen zu betrachten seyen. Es ist dieses eine praesumtio juris, die, wie jede solche die concrete Beurtheilung lähmende Maasregel, besonders im Strafrechte gefährlich ist[41]). Noch weniger aber dürfte sich der Art. 73. empfehlen, welcher eine Beihilfe durch culpa organisirt, daher von der Hauptregel der verbrecherischen Strafbarkeit abweicht, Irrthum und Dummheit straft, von dem Menschen mehr verlangt, als man billig verlangen kann, und folglich der Erfahrung und dem Leben entgegensteht, und sogar einer Art von Strafdespotismus huldigt. Wollte man von dem Gedanken Gebrauch machen, so müßte man ihn durchaus in das Polizeigesetzbuch verweisen, selbst nach dem Principe des Entwurfs, weil von dem Standpunkte des zu Bestrafenden nur eine Rechtsgefährdung da ist.

β) Hieher rechnen wir ferner zwei Principe, wornach nämlich einmal eine unnatürliche und zu nichts Praktischem führende Analogie der Gehilfen und des Versuchs statuirt wird, und wornach das anderemal die Thätigkeit der Begünstiger in die der Gehilfen verschmolzen wird. Unsere erste Ausstellung rechtfertigt sich schon dadurch, daß man eben so leicht die Strafportion angegeben hätte, aber noch mehr dadurch, daß die Motive eine wirkliche und gewiß falsche Analogie statuiren, wo wir sonst nur im Art. 71. 72. einfache Verweisungen in Hinsicht der Strafproportion würden gefunden haben; endlich auch dadurch, daß bei den verschiedenen Arten theilnehmender Urheber mit Recht so oft deren Handlung als ein wahrer Versuch charakterisirt werden mußte, (Art. 62. 64. 65. 66.) und es daher für den nicht genau Eingeweihten sehr mißlich ist, in der Lehre von den Theilnehmern einmal die Beziehung auf den Versuch in der

41) Hepp, über den neueren Hannöv. Entwurf S. 9.

wahren, das anderemal in einer fingirten Bedeutung zu finden. Ueberhaupt tadeln wir also diesen Grundsatz ebenso ob fictionem, wie den ad α ob praesumtionem juris. Im Strafrechte geht über Alles Natur und Wahrheit.

b) In Hinsicht der Gradation der Beihilfe gilt natürlich dasselbe, was von der Gradation der Fahrlässigkeit und des Versuchs gesagt ist. Im Uebrigen müssen wir vorzüglich auf die Begriffsbestimmung des Gehilfen aufmerksam machen, die, wenn sie auch nicht in das Gesetzbuch gehört, doch in den Motiven hervorgehoben werden muß. Das Verhältniß des Gehilfen tritt nämlich in einer doppelten Rücksicht hervor: α) insoferne die Theilnahme gar nichts anderes als eine Beihilfe seyn kann, wenn nämlich der Theilnehmer den verbrecherischen animus für seine Person gar nicht hat, z. B. die Magd, welche zum Ehebruche ihrer Frau hilft, derjenige, der aus Rache Jemanden bestimmt, den Feind zu bestehlen, aber dabei animum lucri nicht hat. Es wird hier zu einem fremden Verbrechen geholfen, und selbst der Anstifter ist aus diesem Standpunkte nur Gehilfe. Mit Unrecht will Stübel diesen an sich richtigen Standpunkt in der Lehre von der Beihilfe durch Construction und willkührliche Begriffsformation als den einzigen bezeichnen. β) Insoferne Jemand von einem Andern bei der Ausführung des Verbrechens als Werkzeug, welches mehr körperlich als geistig, und nicht in einer Haupthandlung, — Theil nimmt — gebraucht wird nach dem mittelalterischen Begriffe von Meister und Gesellen, welcher offenbar auch der ganzen Lehre bei den Schriftstellern des 13. Jahrhunderts ihre Existenz verdankt. Für diese Art von Beihilfe greift dann der Art. 74. vorzüglich gut ein. Ueberhaupt dürfte es wünschenswerth seyn, bei der einmaligen Totalzusammenstellung der Motive noch manchen einzelnen Punkt, der an sich ganz richtig steht, genauer zu rechtfertigen, z. B. Nr. 2. des Art. 61. Hier ist darzuthun, warum der Gesetzgeber, der hier dem Art. 36. und 41. untreu geworden ist, und folglich hier selbst ein Argument gegen seine Principien liefert, berechtigt sey, ohne Weiteres etwas für dolos zu erklären, was man noch als quaestio facti ansehen könnte. Der Grund ist nämlich der, weil solche Anstifter und Complotteurs auf die gewöhnlichen Exzesse gefaßt sind, indem sie ihrem ganzen Wesen nach bös-

Digitized by Google

artig genug sind, und die spezielle Nachweisung ihres dolus *eventualis* et *generalis* keinen Zweifel hat.

§. 12.

V. Von der Zurechnung.

Obgleich in einem Gesetzbuche eine strenge systematische Ordnung nicht gerade erfordert wird, so gehört diese doch gewiß zu seinen Zierden. Und daher wäre zu wünschen, daß die in diesem Capitel abgehandelten Gegenstände mehr durch die Ordnung des Inhalts, als durch Nummern verbunden wären. Deßhalb würden wir vorschlagen, den Art. 90. gleich nach dem Art. 78. einzurücken, weil er zu den allgemeinen Grundsätzen der Schuld gehört. Die juristische Schuld im Gegensatze der moralischen — als Beurtheilung der That nach ihrem nächsten Grunde ohne Rücksicht auf weitere Zwecke und Beweggründe — wird auf solche Weise gehörig hervorgehoben. Sofort würden wir zwar Nichts dagegen haben, daß hier Zustände verbunden werden, wo im höchsten Grade die Unzurechnungsfähigkeit, in den geringeren Graden eine Milderung eintritt, weil die praktische Methode diese Stellung zusagt: allein wir würden unterscheiden die Aufhebung und Milderung der Zurechnung aus subjectiven und aus objectiven Rücksichten. In die ersteren gehören Jugend, Geisteszerrüttung, Irrthum, mangelnde Freiheit, Nothwehr und Nothstand — in die anderen Mangel an Thatbestand und ertheilte Erlaubniß. Allein dies gelte nur als eine unmaasgebliche kurze Bemerkung.

In der Sache selbst scheint uns nur auf Folgendes die Aufmerksamkeit gelenkt werden zu müssen:

1) Bei der Jugend ist Alles auf das concrete Verhältniß der Person und That zu stellen (meine Entwickelung §. 30.). Dies ist auch der Zweck und Sinn der bekannten französischen Bestimmung, und wenn in unserem Entwurfe auf den ersten Blick die Sache sich anders verhält, so ist dies nur Schein, wegen des im Art. 80. gemachten Vorbehalts: „sofern nicht aus allen Umständen hervorgeht, daß der Thäter die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt habe.“

2) Sehr zu billigen ist, daß der Entwurf auf das Technische der Lehre von den Geisteskrankheiten sich nicht eingelassen,

Digitized by Google

vielmehr diese ganz allgemein mit allen außerordentlichen Zuständen der Vernunftstörung zusammengestellt hat.

3) In Hinsicht auf die Lehre vom Irrthum aber sind wir nicht ganz einverstanden. Zwar ist es im Prineipe richtig, daß im Strafrechte die ignorantia juris nicht entschuldigen kann, weil nach den Ansichten des österreichischen Gesetzbuches nicht nur die Verbrechen ganz allgemein, sondern auch die schweren Polizeiübertretungen nach dem Stande, Gewerbe und der Beschäftigung derer, welche sie treffen, gehörig bekannt seyn müssen: auch kann man mit dem preußischen Landrechte bei fortrückender Volkskultur dahin tendiren, daß die Entschuldigung der Rechtsunkenntniß ganz wegfalle: allein die neuere Zeit hat mit dem Streben nach neuen Gesetzbüchern manche Erweiterung der Strafgebote und Strafverbote geboren; auch sind jetzt in dem Gesetzbuche über Verbrechen und Vergehen die kleinen politischen Vergehen eingeordnet, und es dürfte daher in dieser doppelten Rücksicht und zumal es sich gegenwärtig erst um die Verbindung der Gesetzgebung mit dem Volksleben handelt, im Geiste der Gerechtigkeit räthlich seyn, dem Art. 86. einen Vorbehalt dahin beizufügen, daß, *sofern in einem Artikel dieses Gesetzbuches eine früherhin nicht strafgesetzlich verbotene Handlung oder Unterlassung verpönt sey, oder überhaupt von einem Verbrechen und Vergehen die Rede sey, welches eine genauere Kenntniß des öffentlichen Lebens voraussetzt, auf die Entschuldigung der Rechtsunwissenheit unter zutreffenden Umständen von dem Richter billige Rücksicht genommen werden dürfe und müsse.*

4) Was die Verhältnisse der Aufhebung und Milderung der Zurechnung aus objectiven Rücksichten betrifft, so ist:

a) In Beziehung auf das „volenti non fit injuria“ und auf den Art. 93. zu bemerken, daß uns dieser Art. nicht befriedigend scheint. Wir würden ihn vielmehr so fassen:

Die von dem Beschädigten ertheilte ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubniß wirkt nur Straflosigkeit, wenn nach der Natur des Verbrechens oder Vergehens das Vorwissen und die Einwilligung desjenigen, an welchem die Handlung verübt wird, den Thatbestand des Delictes aufhebt.

Ist der Einwilligende nicht willensfähig, so muß die concrete Erscheinung der That zeigen, ob und welche strafbare Handlung da ist. Im Uebrigen kömmt es, auch wo die Einwilligung nicht entschuldigt, darauf an, ob nicht in Berücksichtigung der speciellen Absicht und Gesinnung des Thäters oder seines Irrthums das Daseyn des bösen Vorsatzes wegfällt. Hierdurch ist 1) von selbst die zweideutige Rücksicht auf Gemeingefahr umgangen, sowie die Beziehung auf das Mein und Dein; z. B. die Zähne eines Menschen werden nicht als Eigenthum im engeren Sinne angesehen, und doch begeht der kein Unrecht, der mit einem Andern übereinkömmt, daß dieser jenem zur Uebung sich einige Zähne ausziehen lasse: denn der Mißhandelte könnte nur klagen ob injuriam oder ob damnum injuria datum, und in beiden Fällen paßt die Einwendung: „volenti non fit injuria". 2) Der Thatbestand allein kann bestimmen, ob ein Verbrechen auch in volentem begangen wird, und die Sache ruht dann nicht mehr auf einem unnützen allgemeinen Grundsatze, sondern erscheint als eine bloße Interpretation der Gesetze über die einzelnen Delicte. 3) Sofern ein Kind in die Wegnahme einer Sache einwilligt, so ist es ein Diebstahl, wenn Alles so heimlich geschieht, daß man erwarten kann, die Sache werde verborgen bleiben; muß aber der Wegnehmer wohl wissen, das Kind werde gleich auf Befragen angeben können, wer die Sache habe, so fehlt es an der zum Diebstahle gehörenden clandestinitas und die Handlung ist nur ein Mißbrauch der kindlichen Dummheit. 4) Wer Jemanden auf dem Schlachtfelde aus Mitleid tödtet, wer Jemanden auf sein Verlangen aus Unkenntniß der strafbaren Folgen seiner Handlung castrirt, wie z. B. jener bekannte Schaafknecht in Würtemberg, kann sich wohl nicht auf das „volenti non fit injuria", aber doch darauf berufen, daß er nicht dolose und ex proposito gehandelt habe.

b) Der Entwurf geht im Art. 104. von der Ansicht aus, daß der verbrecherische Thatbestand immer in der künstlichen Technik eines logischen Begriffs im Gesetzbuche auftrete. Ob dies möglich, ob dies gut sey, dies sind Fragen, die wir hier nicht untersuchen wollen, zumal wir es zuerst waren, die auf den Unterschied der wesentlichen und nicht wesentlichen

Digitized by Google

Merkmale aufmerksam gemacht haben, einen Unterschied, welchen auch Andere, z. B. Wächter, bereits angenommen haben, und der in der Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts §. 7. weitläufig nachgewiesen ist. Dieser Unterschied liegt im Leben, und daher kömmt es, daß die baierischen Gerichte in einer schönen Praxis von zwanzig Jahren den Art. 106. des Strafgesetzbuches so adäquat gefunden haben. Nur ist in diesem Art. der Fehler, daß man von dem einen oder andern wesentlichen Punkte gesprochen hat, während man beim Mangel wesentlicher Punkte nicht sagen kann, daß das bestimmte Delict da sey. Eben diesen Fehler hat aber auch noch der Art. 104. unseres Entwurfes, obgleich er die Rücksicht auf den materiellen Theil des Thatbestandes ganz aufgibt, denn er will die Milderung jetzt beim Mangel wesentlicher Förmlichkeiten in der Erhebung des Thatbestandes eintreten lassen. Aber ist die Form wesentlich, so ist nicht einzusehen, wie eine solche Wirkung mit Consequenz entstehen kann. Das Wahre an der Sache ist vielmehr, daß die Förmlichkeiten in der Regel nur als naturalia in der Erhebung des Thatbestandes, nicht aber als wesentliche Theile des Thatbestandes selbst angesehen werden können. Daher ist der Art. 104. zwar in der Sache nicht verwerflich, aber wir glauben, daß er einer durchaus andern Fassung und Motivirung bedarf.

Als merkwürdig müssen wir am Schlusse dieser Lehre noch hervorheben, daß die Motive des Entwurfes S. 121. anerkennen, wie man das arbitrium judicis in Hinsicht auf die Art. 82. und 106. auch nicht einmal in zwei feststehende Grade nach jener Weise bannen könne, wie dies bei der culpa, bei dem Versuche und bei der Beihilfe geschehen ist. Ob dieses Bekenntniß nicht als Inconsequenz und als Argument gegen die aus gutem praktischen Standpunkte verworfene und neu restituirte Gradationslehre überhaupt angesehen werden muß!

Wahrheit
Dich zu fangen, ziehen sie aus mit Netzen und Stangen;
Aber mit Geistestritt schreitest du mitten hindurch.

§. 13.

Der Entwurf, welcher den Fortschritten der Wissenschaft

Digitized by Google

sich überall zugänglich gezeigt hat, erklärt sich über den Beweis des dolus im Art. 35. ganz entsprechend. Allein eben so gut hätte sich die Gesetzgebung über den Beweis der übrigen zur Anschuldigung gehörigen Verhältnisse erklären müssen. Das geltende Gesetzbuch enthält nicht nur darüber einen allgemeinen Artikel (134), sondern auch die specielle Anwendung auf den Beweis bei der Nothwehr. Viele glauben, die Lehre von dem Beweise gehöre in den Prozeß; allein es ist dies nur für die Beweismittel und die Beweisförmlichkeiten, nicht für den Beweisgegenstand in Beziehung auf Verbrechen und Schuld der Fall: Dieser Punkt ist eine blose Consequenz aus den allgemeinen Sätzen über Verbrechen und Schuld, und daher sollte desselben hier im allgemeinen Theile schon gedacht seyn: folglich ausser dem Beweise über dolus und culpa.

1) Des Beweises der speciellen Art der Theilnahme, sowie

2) Des Thatbestandes, und des Verhältnisses der Vollendung und des Versuches;

3) Endlich des Beweises der Schuld in concreter Beziehung auf die Thatverhältnisse, welche zur Ausschließung der Schuld gehören.

Daß die beiden ersten Punkte in den Anschuldigungsbeweis fallen, hat noch Niemand bezweifelt, wohl aber hat man von dem dritten Punkte behauptet, es handle sich hier vom Beweise der Exceptionen. Daß dem nicht so sey, habe ich in meiner Entwickelung weitläufig erwiesen[42]), und dargethan, in welcher juristischen Richtung der oft hier geführte Entschuldigungsbeweis aufgefaßt werden müsse, es genügt, dorthin zu verweisen. Die Sache wird um so bedeutender, wenn bei verbessertem Prozeßverfahren in der Person des öffentlichen Anklägers die Selbstständigkeit des Anschuldigungsbeweises wieder treffender hervortritt. Nur das wollen wir noch zusetzen, daß, wenn es sich davon handelt, ob wegen eines Zustandes abnormer Vernunftthätigkeit Entschuldigung oder blos Milderung eintrete, oder umgekehrt, ob hier gänzliche Zurechnung oder nur beschränkte Zurechnung stattfinde,

42) §. 35.

hier so wenig Etwas präsumirt werden darf, wie in der Lehre vom dolus und von der culpa.

§. 14.

VI. Von der Zumessung.

Höchst eigenthümlich ist das System des Entwurfs über die Zumessung oder über diejenige Lehre, die man sonst unter dem Namen der Anwendung bestimmter und unbestimmter Strafgesetze oder auch unter dem Namen der Strafschärfung und Strafmilderung kennt. Die Ansicht der Wissenschaft ist nämlich im Kurzen folgende:

a) Absolut bestimmte Strafgesetze dürfen nur abgeändert werden, wenn ein besonderer Milderungsgrund da ist.

b) Bei absolut unbestimmten Strafgesetzen kann der Richter das Concrete des Falles ohne Hinderniß berücksichtigen, muß sich im Ganzen aber doch an die Analogie des Rechts binden.

c) Bei relativ unbestimmten Stafgesetzen kann der Richter die Strafart verändern, wenn ein Milderungsgrund da ist, nach dem Principe ad a; ausserdem und namentlich, wo es sich in der Anwendung der Strafe innerhalb der Grenzen des maximi und minimi handelt, kann er sich, wie Gönner sagt, seinem bonsens überlassen, oder besser kann er selbst auf Gründe der Schärfung und Milderung aus dem menschlichen oder moralischen Standpunkte Rücksicht nehmen. Die Rechtfertigung dieser Grundsätze gehört übrigens nicht hieher; sie greift tief in die Geschichte der Doctrin und Praxis des Criminalrechts.

Absolut unbestimmte Strafgesetze gibt es im Entwurfe nicht, und sollte, weil eine verbrecherische Handlung nicht vorgesehen, eine Strafe eintreten müssen, so muß die Wissenschaft (Analogie) aushelfen, weßhalb man keine Bestimmungen in der Gesetzgebung zu machen braucht[43]). Schon oben ist gesagt worden, die Wissenschaft kann in keiner Gesetzgebung untergearbeitet werden.

43) Nur bei einer gewissen Ansicht unserer Tage von dem Satze nulla poena sine lege ist es vielleicht gut, wenn sich die Gesetzgebung ausdrücklich auf ihren Geist und die Analogie bezieht, wie dies auch der Hannöver'sche Entwurf weislich gethan hat.

Digitized by Google

Was nun den Entwurf betrifft, so will derselbe:

a) Bei den absolut bestimmten Strafgesetzen unbeschränkt und bei den relativ unbestimmten (oder relativ bestimmten, wie man will) hinsichtlich des bestimmten Theils d. i. der Strafart dem Richter eine Veränderung wegen Milderungsgründen nicht zulassen, und wenn daher solche im Art. 108. (den Entwürfen von 1822. und 1827. zuwider) aufgeführt werden, so hat diese Aufstellung blos den Zweck — α) bei dem unbestimmten Theile der relativen Gesetze nützlich zu seyn, in welcher Hinsicht dieselben aber gleichsam schon stillschweigend in den Bestimmungen des Art. 107. liegen, β) den Richter zu authorisiren, bei dem Zusammentreffen mehrerer solcher Umstände ex officio die Gnade des Königs anzurufen. Auf diese Weise ist in der That alle mitigatio ex capite justitiae, wie es die Alten nannten, in Baiern aufgehoben, oder vielmehr alle Milderungsgründe sind nur geeignet zur mitigatio ex capite gratiae.

b) Bei den relativ unbestimmten Strafgesetzen ist wegen des wirklich unbestimmten Theils im Art. 107. auf eine Art Vorsehung getroffen, die allerdings praktisch und passend ist, obgleich ein höherer Geist und Sinn der Sache zu Grunde liegt, der so wenig in die Fesseln von 10 Nummern, wie früher in die von 7 Nummern gebannt werden kann.

Soferne wir nun auf diese Art den Geist der Gesetzgebung, gegenüber der Wissenschaft richtig dargestellt haben, so springt von selbst hervor, was daran zu loben und zu tadeln ist. Mit Recht nämlich hat

1) Der Entwurf ein System der Milderungsgründe wieder hervorgerufen, welches in den vorigen Entwürfen vernichtet war;

2) Mit Recht hat er unterschieden die eigentlichen Milderungsgründe von der Ausmessung der Strafe innerhalb bestimmter Grenzen, und

3) Ist über den Inhalt der Grundsätze, die in dieser doppelten Richtung aufgestellt sind, deßhalb Nichts oder Wenig zu sagen, weil man in einer Gesetzgebung praktische Maximen, nicht theoretische Begründung sucht, und die Praxis allerorten, besonders aber in Baiern diese Grundsätze erprobt hat: dagegen finden wir:

Digitized by Google

1) Nicht gut, daß die ganze eigentliche Mitigation auf den Gnadenweg gebracht ist, obgleich die praktische Seite nicht so hart hervortreten wird, weil die meisten Strafgesetze relativ unbestimmte, und die Grenzen des maximi und minimi weit genug sind.

2) Es hätte auf jeden Fall das Verhältniß der Gründe des Art. 108. zu jenen des Art. 107. besser schon in dem Systeme des Entwurfes selbst angedeutet werden sollen; denn wer nicht der Geschichte der Gesetzgebungsversuche seit dem Jahre 1813 folgt, wird schwerlich einsehen, welchen Zweck die im Art. 108. aufgestellten Milderungsgründe haben. Dabei hätte aber auch noch

3) Angedeutet werden sollen, wenigstens in den Motiven, daß schon unter dem Standpunkte der Zurechnung von der Zumessung die Rede war, und daselbst Milderungsgründe aufgestellt sind, die aber eine ganz andere Wirkung haben, als die des Art. 110., indem nämlich bei jenen allein die richterliche Thätigkeit waltet. Das Wort Zurechnung, nämlich in seiner eigentlichen Bedeutung umfaßt blos die Frage: ob eine Schuld da sey? und nicht zugleich, wie groß die Schuld sey? und wäre auch in praktischer Hinsicht gegen die Verbindung verschiedener Fragen zu einer Antwort ob connexitatem causae Nichts zu erinnern, so darf doch die Reinheit der Sprachtechnik nicht verloren gehen, weil sie das beste Hilfsmittel für die richtige Einsicht der Dinge selbst ist. Indem wir die praktischen Vorzüge dieses Entwurfes nicht verkennen, halte man uns nicht für unpraktisch und pedantisch, wenn wir an Worte und deren wissenschaftliche Technik erinnern:

Im Ganzen — haltet euch an Worte,
Dann geht ihr durch die sichere Pforte
Zum Tempel der Gewißheit ein.

§. 15.

Nach demjenigen, was wir im vorigen §. ausgeführt haben, ist es auf den ersten Blick nicht möglich, den besonderen Milderungsgründen gegenüber besondere Erschwerungsgründe zu denken. Ist nämlich die Strafe eine absolut bestimmte, so ist die Erschwerung unausführbar, denn der Richter darf

nicht schärfen, der König eben so wenig. Also reducirt sich Alles hier darauf, daß die Sache nach dem Standpunkte des Art. 107. Berücksichtigung verdient, und in diesem Art. ist in der That schon des Rückfalles gedacht, nur mit dem Unterschiede des uneigentlichen und eigentlichen Rückfalles, der allerdings theoretisch gemacht werden kann, über dessen praktische Bedeutung wir aber so denken: Hat der Richter ein maximum und minimum der Strafe, so ist der Umstand, daß der Angeschuldigte überhaupt schon einmal wegen eines Vergehens gestraft ist, für ihn von Einfluß (uneigentlicher Rückfall Art. 107. Nr. 9.), natürlich wird er dann den Umstand, daß der Angeschuldigte ein Verbrechen derselben Gattung wieder begangen hat (eigentlicher Rückfall), besonders in Anschlag bringen. Ist aber eine absolut bestimmte Strafe da, so würden wir im Allgemeinen nicht für räthlich finden, daß des Rückfalls wegen eine besondere Straffolge stattfinde, denn hier würde in der That eine Handlung doppelt gestraft, und der Entwurf hat mit Recht dem Richter nicht einmal erlaubt, der Strafe einen schärfenden Zusatz zu geben. Indeß mag im besonderen Theile bei einzelnen Verbrechen des Rückfalles durch eine eigene Strafdisposition, wo es nach der Natur des Verbrechens nöthig seyn sollte, gedacht werden. Auf diese Weise würde dann die ganze Lehre vom Rückfalle mit dem Unterschiede in eigentlichen und uneigentlichen aus dem allgemeinen Theile verschwinden, und, wo im besonderen Theile es nöthig ist, der eigentliche Rückfall wegen seiner speciellen Richtung genau genug bestimmt werden können. Es bleibt sonach allein die Lehre von der Concurrenz übrig. Sehr richtig ist hier vor Allem der Natur des fortgesetzten Verbrechens gedacht, und mit Recht gehört dieser Punkt in den Art. 107. wo er in der That auch sub Nr. 1. schon steht. Weiter aber kann hier so wenig wie beim Rückfall von einer Erschwerung die Rede seyn. Bei der eigentlichen Concurrenz endlich ist zunächst

a) Darauf zu achten, ob wirklich mehrere Delicte vorhanden sind, oder ob das Gesetz die mehreren strafrechtswidrigen Absichten oder Handlungen, letztere blos deßhalb, weil die eine nur Mittel für die andere ist, nur als ein Verbrechen

angesehen wissen will, z. B. Raubmord. Bei dieser Unterscheidung bedarf es dann gar nicht der Begriffe, idealer, realer Concurs u. s. w. auch nicht des ganzen Art. 113.

b) Sind wirklich mehrere Delicte da, so halten wir nur den von den Römern so laut ausgesprochenen Grundsatz für wahr, daß alle neben einander gestraft werden müssen, und nur, wenn dieses nach der Natur des Concurses der Strafen nicht möglich ist (incompatible Strafen), ist durch einen entsprechenden Zusatz zur schwersten Strafe zu helfen, worin man sich dann der richterlichen Einsicht überlassen muß. Darnach würden wir den Art. 112. umändern, welchen wir in seiner gegenwärtigen Richtung nicht nur für ungerecht, sondern auch für sehr gefährlich halten, indem in ihm die Menschen den natürlichsten Reiz zu mehreren Verbrechen finden müssen.

§. 16.

VII. Von Erlöschung der Strafarbeit.

Dieses Capitel ist schon durch den Entwurf des Jahres 1827. bedeutend hinsichtlich jener Punkte verbessert worden, wo civilistische Grundsätze mit in Betracht kommen. So z. B. hinsichtlich der Aufhebung einer Geldstrafe durch den Tod des Angeschuldigten, wo man sehr liberal den Uebergang auf die Erben nur annahm, wenn bei'm Leben des Angeschuldigten noch eine rechtskräftige Sentenz vorlag (die Römer waren hier bekanntlich schon mit der Eröffnung des Prozesses und bei den alten delictis publicis mit der Verurtheilung in der ersten Instanz zufrieden) — ferner hinsichtlich der Zeitcomputation bei der Verjährung, wo wir jedoch statt der Berechnung a momento lieber die a die wählen und so setzen würden: Die Verjährung wird berechnet von dem Tage der begangenen That als dem ersten bis zum gänzlichen Ablaufe des hiernach von selbst sich ergebenden letzten Tages des gesetzlich bestimmten Zeitraums. Angenommen nämlich, es gelte einem zweijährigen Zeitraume, und die That wäre geschehen am 1. Januar Abends um 9 Uhr 1831, so ist die Handlung verjährt am 31. Decbr. 1832, wenn dieser Tag ganz herumgelaufen ist. Dasselbe ist wohl auch nach unserm Gesetze die Meinung, denn hiernach ist der 1. Januar 1833 der letzte Tag, weil a momento in

Digitized by Google

momentum gerechnet werden soll, und der Anfag des 1. Jan. 1833. coincidirt mit dem Ende des 31. Decbr. 1832. Aber unsere Darstellung scheint etwas bestimmter. Der letzte Tag ist ein anderer, wenn a momento, als wenn a die gerechnet wird.

Die nova im Art. 117. und 118. mag die Erfahrung prüfen, denn sie scheinen im Sinne des juris aequi aufgestellt und die Erfahrung wird zeigen, ob ohne Gefahr das jus aequum hier herrschen darf, wie das Gegentheil bereits hinsichtlich des Meineids durch die Erfahrung und durch die Ausführung in den Motiven vortrefflich dargethan ist.

§. 17.

Schluß dieser kurzen Kritik.

Es sind jetzt gerade dreißig Jahre, seit Baiern seine neuen Bestrebungen um die Verbesserung der Strafgesetzgebung begonnen hat. Fünf Versuche wurden gemacht, um hinter den immer erneuerten Erfahrungen des Lebens und der Wissenschaft nicht zurückzubleiben. Baiern hat hierdurch ebenso für sich, wie für die ganze Welt gearbeitet. Nicht sowohl äußere Macht und politisches Gewicht geben den Nationen ihren Werth, als vielmehr die Monumente ihrer Geschichte und ihres Rechts.

Beitrag zur Geschichte des germanischen Rechts.

Aus dem ungedruckten Werke:

Flandern und seine Keuren im Mittelalter.

Von

L. A. Warnkönig, Professor der Rechte in Gent.

Keines Landes Geschichte ist so wenig bearbeitet und den gebildeten Völkern Europa's so unbekannt, wie die der belgischen Provinzen, welche früher den Namen der spanischen und östreichischen Niederlande trugen. Zwar haben seit dem 16. Jahrhunderte in Belgien immer Schriftsteller sich gefunden, die theils die Quellen derselben herausgegeben, theils

Digitized by Google

die Geschichte einzelner Städte oder Landestheile beschrieben haben: allein nur wenige wußten die Aufmerksamkeit des Auslandes auf sich zu ziehen, und sie blieben so vergessen. Holland's Ruhm und Handelsgröße verdunkelte zweihundert Jahre hindurch den südlichen Nachbarstaat, in welchem die spanische Herrschaft alle Geisteskraft ertödtet hatte. Nie genoß Belgien einer langen inneren Ruhe, und wenn zu verschiedenen Zeiten die Wissenschaft sich zu regen begann, wie gegen das Ende der Regierung von Maria Theresia, oder unmittelbar vor 1830; so zerstörten innere und äussere Stürme ihre aufkeimende Blüthe. Ein Land, das keine Sprache die seinige nennen kann, das keine Litteratur hat, kann auch keine wahrhaften Geschichtschreiber haben: daher die schon seit Jahrhunderten währende Kindheit seiner wissenschaftlichen Bildung. Nur in Frankreich oder in Deutschland könnte ein eigentliches Geschichtswerk über Belgien geschrieben werden: allein in beiden Ländern ist es unbekannt: in keinem erregt seine Geschichte ein wärmeres Interesse.

Und dennoch wäre eine gründliche Kenntniß der belgischen Geschichte für ganz Europa wünschenswerth, da in jedem Jahrhundert das sonst in sich weniger bedeutende Land auf Europa's Schicksale einen nicht weniger einwirkenden Einfluß gehabt hat, als dies in diesem Augenblicke der Fall ist.

Insbesondere ist ein näheres Studium von Belgiens Vergangenheit für die Kenntniß der germanischen Rechtsgeschichte nicht blos höchst wünschenswerth, sondern sogar unentbehrlich. Belgien war Jahrhunderte lang der Mittelpunkt der französischen Monarchie: die salischen Franken hatten da ihre Wohnsitze, ehe sie Gallien sich unterwarfen: ihre Sprache erhielt sich nicht minder als die älteren Einrichtungen und Grundsätze des fränkischen Rechts. Erst im 18. Jahrhunderte wurden die geselligen Verhältnisse der belgischen Provinzen von oben herab durch allgemeine Verordnungnn regulirt, früher bildeten sie sich fast nur durch Sitte und Gewohnheit, so daß selbst bei der Einverleibung des Landes in die französische Republick im Jahre 1794. allenthalben der gesellige Zustand des Mittelalters noch bestand. So wenig die deutschen Germanisten und Historiker Belgien kennen: bedienen sie sich doch belgischer Chroniken und Urkundensamm-

Digitized by Google

lungen bei jeder Gelegenheit: wir finden in der Perzischen Sammlung Chroniken von Artois, Flandern, Brabant und Lüttich: sie sind die Hauptquellen der ältesten deutschen Geschichte, und welcher Germanist citirt nicht beständig Miraei Diplomata belgica?

In einem Hauptwerke über das Mittelalter, nämlich in Ducange's Glossarium ist auf jeder Seite aus Urkunden dieses Landes geschöpft, die selbst noch jetzt nie in ihrer wahren Gestalt der gelehrten Welt bekannt geworden sind: hätte Grimm die flammländische Sprache gekannt, und die älteren belgischen Keuren, so würde er über viele Punkte die genügendsten Aufschlüsse habe geben können.

Seit Jahren zogen den Verfasser dieser Beiträge Belgiens Rechtsalterthümer an: früher in Lüttich gelang es ihm dort mehrere Rechtsquellen aufzufinden, die früher gänzlich unbekannt gewesen; während seines Aufenthalts in Löwen überließ er diese Studien seinem Freunde und Collegen Birnbaum, welcher in der Zeitschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslandes Beweise seiner großen Gelehrsamkeit in diesem Fache niedergelegt hat. Seitdem die belgische Revolution ihn nach Flandern versetzt hat, kehrte er zu den rechtshistorischen Forschungen mit so größerer Freude zurück, als es ihm nun vergönnt war, gerade an dem interessantesten Theile der belgischen Geschichte arbeiten zu können, mit Hilfsmitteln, die nie einem Historiker des Landes zu Gebote standen, und mit einem für die Wissenschaft nicht unwichtigen Erfolge.

Es sind nun wohl 8 Jahre, als unser unvergeßlicher Niebuhr den Verfasser aufforderte Untersuchungen über die flandrischen Städte im Mittelalter anzustellen. Er interessirte sich mit Wärme für den dem letzten damals wenig bekannten Gegenstand. Allein von Flanderns Geschichte weiß man in Lüttich noch weniger, als in Deutschland: es gebrach dort an Allem, und ohne eine genaue Localkenntniß sollte Niemand wagen, über eines Landes Geschichte zu schreiben. Im Jahre 1831. erinnerte der Verfasser sich des Wunsches des herrlichen Freundes, und legte sich seitdem fast ausschließlich auf das Studium der flandrischen Rechtsgeschichte. Sie soll nach deutscher Weise und für Deutschland geschrieben

Digitized by Google

werden: die Werke unserer größten Meister sind des Verfassers Muster: er scheute kein Opfer um den würdigen Gegenstand, so viel in seinen Kräften steht, würdig zu bearbeiten. Alle flandrischen Bibliotheken und Archive wurden besucht und benutzt, Verbindungen in allen Städten angeknüpft mit den Männern, welche deren Geschichte als Liebhaber betreiben, die ältesten Kenner des früheren Zustandes des Landes aufgesucht und befragt: leider starben mehrere derselben unmittelbar nachdem der Verfasser mit ihnen bekannt geworden war, wie z. B. der gelehrte Ruepsaet in Oudenarde: die wichtigsten Gegenden und Orte Flanderns wurden bereist, in wie fern dies die kriegerischen Zeiten erlaubten. Auf eine solche Weise vorbereitet bearbeitet dann der Verfasser seit etwa 18. Monaten die früheste Periode der flandrischen Staats- und Rechtsgeschichte, nämlich die seit der Mitte des 9. bis zum Schlusse des 13. Jahrhunderts.

Seines Werkes Plan ist folgender: Nach einer ausführlichen Einleitung über die Quellen und Literatur der Geschichte Flanderns, worin der Zustand und Reichthum der städtischen und Landesarchive [1]) beschrieben, die älteren und neueren sowohl gedruckten als ungedruckten Geschichtswerke critisch analysirt werden — gibt der Verfasser zuerst eine Uebersicht der politischen Geschichte Flanderns, in welcher der Gesichtspunkt der Entwickelung des rechtlichen Zustandes und der geselligen Verhältnisse vorherrscht: schon in diesem Theile des Buches werden bisher ganz unbenutzte Quellen zu Rathe gezogen und eine Menge für die deutsche Geschichte wichtige Begebenheiten herausgehoben, die bei uns fast gänzlich unbekannt sind. Es wäre freilich ungemein Vieles zu berichtigen gewesen in den Werken von Luden, Raumer, (Hohenstaufen) Sartorius, über die Hanse, und ganz besonders in Leo's Niederländischen Geschichten, worin der geistreiche und glückliche Schriftsteller so viele Irrthümer über Flandern beging [2]), weil er die Localitäten nicht, und nur sehr wenige Schriftsteller über die flandrische Geschichte kannte. Allein sie konnten nur angedeutet werden:

1) In diesen finden sich mehrere ehemalige Klosterarchive, namentlich die der ältesten flandrischen Benedictinerabteien.
2) S. 107. z. B. setzt er die Thore der Stadt Brügge nach Gent.

damit sie in einer künftigen ausführlichen Geschichte vermieden würden. — Auf diese historische Skizze folgt eine Art von juristischer Statistik Flanderns im zwölften und dreizehnten Jahrhunderte, d. h. eine Beschreibung des Gemeinsamen im geselligen und rechtlichen Zustande des Landes, als: eine Angabe der Bestandtheile desselben, die Eintheilungen der Grafschaft, der Feudalsnexus mit Frankreich, der mit dem deutschen Reiche, Beschreibung der Hofhaltung der Grafen, die Organisation der Regierung: ferner eine Darstellung der kirchlichen Verhältnisse, des Städtewesens, des Ackerbaues, der Gewerbe und des Handels, endlich eine Charakteristik der Rechtsquellen jener Zeit.

Im dritten Buche werden die einzelnen Theile Flanderns d. h. die Städte und Chatelanieen desselben in ihrer historischen Entwickelung bearbeitet, und die Localrechte derselben, genannt Keuren, genau beschrieben: die Anfänge der Städte, die Bildung ihres Schöffenthums, ihre kirchlichen Eintheilungen, ihre Gewerbs- und Handelsblüthe, die chronologische Aufzählung der Privilegien, endlich eine urkundliche Darstellung der Verfassung der Städte werden hier mitgetheilt. Unmittelbar nach jeder Stadt wird auch die Chatelanie, welche sie umgibt (so fern dies der Fall ist), auf eine ähnliche Weise beschrieben. In einem diplomatischen Anhange werden die sich auf die beschriebenen Verhältnisse beziehenden Urkunden und die jedesmaligen Stadt-, Land- und Dorf- oder Hofrechte zugleich mit abgedruckt: sie sind in Deutschland nie im Drucke erschienen, und in Flandern nur in geringer Anzahl: nur die größeren gedruckten Gesetze in flammändischer Sprache, wie z. B. die große Keure Gents von 1296 (welche Dinrixs so gut bearbeitet hat), bleiben ausgeschlossen. Besonders ist Sorge getragen, daß alle lateinisch geschriebenen Stadt- und Landrechte Flanderns aus dem 12. und 13. Jahrhunderte darin an's Licht treten.

Die Geschichte der drei großen Städte von Gent, Brügge und Ypern ist bereits vollendet, so wie die ihrer Chatelanieen. Wir geben deßhalb daraus ein Capitel, das den Leser mit der Behandlungsweise des Verfassers bekannt macht. Die größt mögliche Kürze ist in Allem beobachtet, jedoch alles Wesentliche so angegeben, daß der Leser nicht blos ein wo

Digitized by Google

möglich getreues Bild der dargestellten Verhältnisse erhält, sondern auch vermittelst der literarischen Notizen und der mitzutheilenden Urkunden im Stande ist, sich tiefer in die Einzelheiten derselben einzuarbeiten. Das vierte und letzte Buch handelt ausführlicher vom flandrischen Rechte im 13. Jahrhunderte: von den Quellen und dem Chroniker der Keuren; ihrer Abstammung aus dem älteren fränkischen Rechte: ferner wird das Verschwinden des römischen Rechtes im frühen Mittelalter und seine Wiedereinführung seit der Mitte des 13. Jahrhunderts besprochen werden: darauf folgt eine Abhandlung über die Leibeigenschaft, ihre Milderung und theilweise Aufhebung in Flandern, unterstützt von einer Menge ungedruckter Urkunden: dann eine Darstellung der Gerichtsverfassung Flanderns, gleichfalls mit einem Codex diplomaticus: sowie die des Criminalrechts, mit einer Sammlung von Sentenzen des Schöffentheils der Abtei St. Peter in Gent, aus dem 12. und 13. Saeculo.

Endlich enthält das vierte Buch einen Codex Formularum aller möglichen Rechtsgeschäfte vom 9. bis zum 14. Jahrhunderte: über Kauf, Tausch, Schenkungen, Pfandungen, und alle möglichen Acte, die der Verfasser in den Archiven auftreiben konnte, und deren Auswahl mit großer Sorgfalt gemacht worden ist.

Ja es war ihm möglich, ein bisher nur sehr verunstaltet gedrucktes Originaldiplom vom Jahre 744 sich zu verschaffen.

Das hier mitgetheilte Capitel enthält die Beschreibung der Chatelanie von Brügge, das Freie genannt, jedoch ohne den Codex diplomaticus.

Die Chatelanie von Brügge, genannt das Land van den Bryen.

§. 1. Quellen und Literatur der Geschichte dieses Theiles von Flandern.

Unter allen Chatelanieen Flanderns zeichnet sich die von Brügge durch ihren Umfang und Reichthum, ihre Eigenthümlichkeiten und Rechtsalterthümer am meisten aus. Schon

3) Es stammt aus der Abtei von St. Bertin.

Digitized by Google

ihr Name het Land van den Vryen, t'Vrye, le franc de Bruges, Franconatus, terra franca, liberum officium, le franc mêtier de Bruges, ist eine Sonderbarkeit, welche fast alle flandrischen Geschichtsschreiber beschäftigt, und mehrere eigene Werke veranlaßt hat.

Der Landstrich um Brügge zwischen der See, dem Ausfluß der Schelde bis Nieupoort, und dem östlich bis Dixmuiden, Roulers und Thielt genoß bereits im 12. Jahrhunderte großer Vorrechte, und bildete bald einen in sich selbst abgeschlossenen Staat, der in dem sogleich näher zu besprechenden Keurbriefe vom Jahre 1190 eine Art von Landrecht, und seit 1230 eine Menge die Freiheit seiner Bewohner begünstigende Privilegien erhielt. Reich durch die in seiner Mitte sich erhebenden Handelsstädte (jetzt meistens verarmte Dörfer) wurde der Franc im Jahre 1437 zu einem vierten Gliede der Staaten (d. h. der Stände) von Flandern erklärt, als er neben den Städten von Gent, Brügge und Ypern mit ihren Gerichtsbezirken in der ständischen Vertretung des Landes eine Virilstimme erhielt. Diese Auszeichnung gibt ihm den anderen Theilen Flanderns gegenüber eine besondere politische Stellung, die aber häufig mißverstanden seine Geschichte verwirrt gemacht hat. Mehrere Schriftsteller wollten aus diesem rein financiellen späteren Verhältnisse die ältere Geschichte dieses Landtheiles erklären, und geriethen auf Abwege.

Die Regierung des Landes van den Vryen hatte in ihrem Gerichtshause in Brügge ein reiches Archiv; die Originalien, bis zum Jahre 1230 zurückgehend, waren wohl erhalten: auch fanden sie sich abgeschrieben in sehr eleganten Copialbüchern aus dem fünfzehnten Jahrhunderte. Von den letzten sind noch zwei, das rothe und das schwarze Buch, auf dem Provincialarchive von Westflandern in Brügge: die Original-Urkunden sind aber, man weis nicht wann verschwunden [4]). Ein Cartular des Franc, sonst der Bibliothek der Jesuiten in Brügge gehörig, findet sich auf der burgundischen Bibliothek in Bruxelles; es enthält Urkunden von 1190 bis

4) Man versichert den Verfasser, sie seyen in der seeländischen Stadt Sluys, aufbewahrt.

1442: einige Originaldiplome sind im Provincialarchive von Gent, mehrere in dem Archive der ehemaligen Rechenkammer von Lille[5]).

Ein vollständiges Inventarium des Archives von Franc aus dem 18. Jahrhunderte, dem ein chronologisches Verzeichniß der Privilegien des Landes vorangeschickt ist, befindet sich auf der gräflich D'Hane'schen Bibliothek in Gent, wo auch im 12. Bande der Excerpten von Custis, des Hauptschriftstellers über Brügge, eine sehr genügende Geschichte des Landes van den Vryen aufbewahrt wird. Die beiden Handschriften, so wie die übrigen Excerpten-Bücher dieses Custis, welche die Universitätsbibliothek von Gent besitzt.

Im 17. Jahrhunderte beschäftigte der Franc de Bruges und sein Recht drei verschiedene Schriftsteller, nämlich Adrian Baltink, gestorben 1623, in einem Alter von 78 Jahren; Nicolaus Rommel, gestorben 1669; und Olivier Vrée (Olivarius Vredius), gestorben 1652.

Der erste schrieb gegen 1604 eine Staats- und Rechtsgeschichte des Franc, bei dessen Schöffengerichte er Sekretär war. Das Werk ist in flammändischer Sprache verfaßt, aber nicht gedruckt worden; allein alle späteren Schriftsteller schöpften daraus. Eine Abschrift desselben, der Stadtbibliothek von Brügge gehörend, liegt vor uns.

Rommel schrieb einen gleichfalls ungedruckten Commentar zur neuesten Coutume des Franc, nämlich: Commentarii in Comitatus Flandrensis toto orbe celeberrimi patriae Franconatus leges seu consuetudines: in welchem er das ältere Recht berücksichtigt. Nur ein Specimen erschien davon 1664. Custis rühmt sich das Werk benützt zu haben, wir konnten uns aller Bemühungen ungeachtet dasselbe nicht

5) Dies ist das wichtigste Archiv von Flandern, ausser vielen Originalien enthält es die von dem Grafen angelegten Copialbücher aus dem 13. Jahrhunderte. Die Archivare derselben, die Herren Godefroi, Nachkommen des bekannten Herausgebers des Corp. Jur. Dionysius Gothofredus haben Inventarien dieses Archives gemacht, welche ein Graf de Saint Genois zu Anfang dieses Jahrhunderts heimlich abdrucken ließ. Indeß wurde sein Werk fast ganz als Maculatur verkauft.

verschaffen. Es ist sowohl in Custis Excerpten, als in seinen gedruckten Jaerboeken von Brügge sehr fleißig angeführt.

Von Vredius zahlreichen Schriften gehört hieher seine 1650 erschienene Flandria Ethnica, den Prodromus abgerechnet. Er schrieb das dicke Buch einzig um zu beweisen, daß der Franconatus das ursprüngliche Land der salischen Franken gewesen (die Ripuarier setzt er nach Brabant). Er verschwendet auf die Lösung dieser Aufgabe eine bewundernswürdige Gelehrsamkeit; um — die Geschichte des Landes van den Vryen verwirrt zu machen. Fast alle anderen Historiker Flanderns schöpfen aus ihm, wie Grammaye, in den Antiquitates Flandriae und Sanderus in der Flandria illustrata: besonders aber der Compilator Beaucourt, der alle seine grundlosen Hypothesen zu vertheidigen sucht in seinen höchst geistlosen Jaerboecken van den Lande van den Vryen. Brügge. 1785. 3 Bd. 8.

Ausser diesen Schriftstellern sind die Placaetbücher von Vlaenderen, so wie die Coutume du Franc vom Jahre 1619 zu vergleichen, die frühere von 1427 ist leider nicht im Drucke erschienen. Erstere steht bei Le Grand Coutumes de Flandres, freilich mit einer sehr fehlerhaften französischen Uebersetzung. Eine neuere Ausgabe des flammändischen Textes erschien in der Sammlung aller flandrischen Costumen in Gent bei de Goesin. 1767 in 8.

Zum Schlusse nennen wir noch eine von uns benützte Flugschrift, die sich auf der Genter Universitätsbibliothek vorfindet, und mehrere sonst nirgends gedruckte Privilegien des Franc enthält, nämlich: Reflexions sur les Privilèges et Coutumes du Franc de Bruges à l'occasion du nouveau règlement du 6. Octobre 1706. Bruges 1707. 4.

§. 2. Blick auf die Geschichte der Chatelanie von Brügge; chronologische Uebersicht ihrer Privilegien und Freiheiten[6]).

Der Burggraf von Brügge hatte gleich seinem andern Collegen in Flandern ein bedeutendes Landesgebiet unter seiner Aufsicht, in welchem er viele Lehen besaß und viele

6) Vredius l. c. 126. Beaucourt Jaerboeken t. 3. p. 76.

Vorrechte hatte[7]). Als Grenzwächter einer Strecke der Küste war er besonders mächtig. Der älteste Chatelain, dessen Erwähnung geschieht, ist *Robertus*, Castellanus Brugensis im Jahre 1046[8]): seine Nachkommen besaßen das Burglehen bis 1127[9]), wo sie, in die Verschwörung gegen Carl den Guten verwickelt, es für eine kurze Zeit verloren: ein Van Praet wurde Chatelain bis 1133: allein der letzte Nachkömmling Roberts, Hacket, der seine Schuldlosigkeit erwiesen hatte, erhielt das Lehen zurück, jedoch nur auf wenige Jahre: er widmete sich dem Mönchsleben und starb als Abt des Klosters van der Does im Rufe der Heiligkeit. Graf Diederich, genannt von Elsaß, ertheilte nun das Burglehen dem Gemahl seiner Nichte Gertrud, Rudolphus de Nigella, einem Bruder des Grafen von Soissons, dessen Enkel Joannes II. de Nigella es im Jahre 1224 an die Gräfin Johanna von Flandern, mit welcher er in großer Fehde war[10]), käuflich abtrat für die Summe von 24,545 Lib. 6 Sol. 8 Den. Paris. In der Quittung für die gezahlte Summe sagt er: quod vendidi et quitavi hereditarie quidquid de ea tenebam in feodum et hommagium. (Vred. p. 572.). Von dieser Zeit an standen alle nicht einzelnen Dynasten zum Lehen gegebene Allodieen der Chatelanie unmittelbar unter der Gewalt der Grafen von Flandern[11]): sie ließen das Land durch einen

7) Die Burggrafen von Brügge waren Vögte der ältesten Abtei der Gegend, nämlich Eckhout. Vred. p. 571.

8) *Miraeus*, dipl. t. 3. p. 15.

9) Leo, niederl. Geschichte, Thl. 1. p. 40. Der Hauptschriftsteller des tragischen Ereignisses, *Gualbertus*, in vita Caroli Boni: (Act. Sanctor. Martii t. 1.) sagt indeß, daß die Familie durch einen gewissen Erenbald verfälscht worden.

10) Die Gräfin hatte ihn zum gerichtlichen Zweikampfe gefordert, er sie vor das Gericht des Königs. Sie erschien in Person. *Montesquieu* Esprit des Lois. lib. 28. c. 28. nota 4. erwähnt dieses Streites, der in der Geschichte der Parlamente wichtig ist. Die Herren de Reesle stammen von diesem Nigellanus ab.

11) *L'Espinoi* Recherches des Antiquités et Noblesse de Flandres, und nach ihm Custis und Beaucourt, glaubt (p. 86), der Burggraf sey früher Seigneur aller Dörfer der Chatelanie gewesen, was aber nicht der Fall ist.

Digitized by Google

Bailli (den von Brügge) und ein eigenes Schöffenthum verwalten. Auch wird nun das Gebiet nur selten Castellania oder Castelleria Brugensis genannt, sondern wie Vredius p. 576 u. fol. durch eine Menge von Diplomen, die sich durch viele andere aus den Archiven von Lille und Gent noch vermehren lassen, darthut, officium Brugense (bereits 1230), seit 1240 [12]) liberum officium, terra franca u. s. w. Das Schöffengericht heißt dann scabinagium liberum, virscarnia Franca: seine Bewohner Vrylaeten, d. h. Vryelaeten [13]), Franc hostes, i. e. Franci hospites.

Eine befriedigende Erklärung dieses Namens ist bis jetzt von keinem Schriftsteller gegeben worden. Der Spanier Vives wollte (nach Marchantius) ihn daher leiten, daß das Gebiet der ehemaligen Chatelanie von Brügge 1437 in der ständischen Vertretung Flanderns von der Stadt getrennt worden, was er so auslegt: als sey es früher unter der Jurisdiction des städtischen Schöffenthums gestanden, nun aber davon befreit worden. Allein es ist unwiderleglich, daß die Trennung bis 1239 hinaufreicht: jedoch nicht, wie Vredius vergebens darzuthun sich bemühte, bis in's 12. Jahrhundert und noch früher [14]).

Wir werden bei Gelegenheit der nun aufzuführenden Privilegien des Landes den Namen verschiedentlich zu erklären versuchen.

---

12) Meyerus führt 1230 ein Diplom an, worin er liest: praefectura libera: wir verglichen alle Abschriften des Originals: das Wort libera steht nicht darin. Dagegen liegt ein Diplom von 1239 aus der ehem. Abtei von St. Peter in Gent vor uns, worin es Z. 13 und 14 heißt: querimonia debet inde moveri Brugis ad Virscarniam, et in locis, in quibus per legem et judicium *liberorum Scabinorum* Virscarniae fuerit adjudicatum.

13) Laeten (lehnlaaten) sind hospites, und als solche den Bürgern, Poorters, entgegengesetzt. Der Ausdruck ist uralt und synonym mit Laeti, Leti.

14) Vredius beruft sich auf den Keurbrief, worin homines liberi den hominibus ecclesiae entgegengesetzt werden. Allein es sind darunter freie Leute überhaupt und nicht die Franconates gemeint.

Digitized by Google

Die Privilegien beginnen mit dem bereits erwähnten Keurbriefe, den man gewöhnlich setzt in das Jahr

1190.

Dieses von den Grafen selbst sogenannte, in seiner Art einzige Document ist zuerst von Vredius (p. 438) aus dem Bestätigungsdiplome desselben durch den Grafen Ludwig von Nevers vom Jahre 1323 herausgegeben worden [15]). Wir fanden mehrere Abschriften dieses Textes in den oben angeführten Cartularien, und in den Excerpten bei Custis: allein viel wichtiger war uns der Fund eines älteren Textes, auf einer im Anfange des 13. Jahrhunderts geschriebenen Pergamentrolle im Provincialarchive von Gent. Da sie aus dem geheimen Archive der Grafen von Flandern herkömmt, welches ehemals im Schlosse Rüppelmonde aufbewahrt wurde, so ist es ohne Zweifel der Keurbrief in seiner ursprünglichen Gestalt. Eine Vergleichung dieses Textes mit dem von Vredius lieferte nicht nur eine Menge viel besserer Lesarten, und mehrere Ergänzungen, sondern auch einen ganzen Artikel mehr, nämlich über die Feuerprobe (§. 31), den Graf Ludwig sicher absichtlich in dem von ihm bestätigten Exemplare ausgelassen hat. Diesen alten Text werden wir im diplomatischen Anhange unseres Werkes abdrucken lassen, mit Angaben der bei Vredius sich findenden Abweichungen.

Daß der Keurbrief 1190 abgefaßt worden, schließt Vredius sehr richtig aus einer darin enthaltenen Anrede an den Grafen (§. 20.), worin ihn seine Leute bitten: Verschiedenes im Landesgebiete zu ändern; sie sagten da: quatenus per signum sanctae crucis quod assumpsistis et per terram sanctam quaerere proponitis, haec quatuor praedicta mutare faciatis. Graf Philipp von Flandern unternahm nämlich 1190 seinen zweiten Kreuzzug, auf dem er starb.

Vredius meint daher (nach den Chronisten), der Graf habe den Keurbrief, welchen ihm die Bewohner der Chate-

15) Seitdem wurde es nur zweimal, allein abscheulich verunstaltet abgedruckt von Beaucourt, Jaerboeken t. 1., und als Anhang einer 1830 erschienenen französischen Uebersetzung des oben erwähnten Gualbertus.

16) Jedoch nur eine Abschrift, da sich auch die Keure der Stadt Brügge, lex urbis, darauf befindet.

Digitized by Google

lanie vorgelegt, nur mündlich gut geheißen, als er eben im Begriffe stand, abzureisen, und sey, ihn förmlich zu bestätigen, durch den Tod verhindert worden. Und wirklich fehlt es dem Diplome an einer Bestätigung, so wie an einer sorgfältigen Redaction. Es sind noch andere Stellen in dem Keurbriefe, welche diese Meinung bestätigen.

Der Keurbrief war demnach für die Bewohner der Chatelanie dasselbe, was die Keure: *haec est lex et consuetudo* den Städtebewohnern von Gent, Ypern und Brügge: und eine verloren gegangene Keure den vier Aemtern [17]) gewesen [18]). Er enthält augenscheinlich aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht, das seinen altgermanischen Charakter in jeder Stelle verräth. Wredius vergleicht ihn mit der Lex Salica. Indeß bezieht er sich nicht auf die Lehensleute, welche nur einmal darin erwähnt werden: der Ausdruck homines geht auf die Bewohner des Landes überhaupt. Criminalrecht, Prozessualisches, polizeiliche Bestimmungen sind darin im bunten Gemische durcheinander geworfen: privatrechtliches kömmt nur wenig vor. Obgleich das auch sonst in Flandern geltende Recht darin sich wiederfindet, so ist doch sehr viel Eigenthümliches im Keurbriefe, das sich auch in der Contume von 1619 erhalten hat. Unwiderleglich zeigt das Document, daß der darin so oft genannte Castellan nicht Dynast des Gebietes der Chatelanie war, sondern blos Vicecomes. Auch ist die nachherige Verfassung des Franc unverkennbar; nur des Chatelains Rechte hörten 1221 auf, die Grundlage der Verfassung blieb und bildete sich von 1230 an weiter aus. Zwischen diesen Jahren und der Zeit, wo der Keurbrief abgefaßt worden, fehlt es an Documenten, mit Ausnahme der den Kauf der Chatelanie betreffenden.

Vom Jahre

1230

sind nun aber die Briefe, worin Graf Fernand und seine Gemahlin Johanna sagen, daß die Schöffen des Amtes von Brügge (officii Brugensis) unabsetzbar seyen, es müßten

17) So wurde ein Landesstrich bei Gent längs der Schelde, wo vier villae indominicatae waren, genannt.

18) Sie findet sich bei *Diericx* Lois Gantoises, t. I. p. 17.

denn deren Aussprüche als falsch erwiesen seyn. Auch könne jeder neue Graf bei seinem Regierungsantritte sie verabschieden.

Der Absetzungsfall erklärt sich aus dem allgemeinen flandrischen Rechte (das auch in Frankreich galt), wornach ein Schöffe, dont le jugement est faussé, dem Grafen verfallen ist. Der zweite zeigt uns, daß die Schöffen als procuratores des Grafen angesehen wurden [19]).

1232.

In diesem Jahre werden alle Bewohner der acht Virscharen (Gerichtsdistricte) des Amtes von Brügge, die unter dessen Schöffenthum stehen, für immer von der Dienstbarkeit des Besthauptes (t'beste Hovet) befreit, so lange sie in demselben ihre Wohnsitze haben: wo immer sie auch herkommen mögen. Verlassen sie das Gebiet des Amtes, so hören sie auf vom Besthaupte befreit zu seyn.

Dies Privilegium führt zu einer der Erklärungen des Namens het Land van den Vryen: die Befreiung von dem Besthaupte ist eine förmliche Aufhebung der Leibeigenschaft Ausser den Städten bestand sie selbst nach dem Jahre 1252 noch überall in Flandern: da die Gräfin Margarethe sie nur milderte [20]), nicht aber, wie viele Schriftsteller des Landes behaupten, gänzlich aufhob. Wie an andern Orten die Luft eigen machte, so machte sie im Umfange der Chatelanie von Brügge frei. Nur hier konnte es also keine Leibeigenen geben, sondern nur Freie: und da dies sonst nirgends in Flandern der Fall war, so war dieses wirklich das Land der Freien. Vredius und der ihm nachsprechende Beaucourt verwerfen zwar diese Erklärung, weil die freien Franken nie dem Besthaupte unterworfen gewesen wären, und man nie gehört, daß die Bewohner des Franc es den Königen von Frankreich oder den Grafen von Flandern ent-

19) Nach *Custis* hist. du Franc. N. S. p. 42, war Herzog Johann von Burgund und Graf von Flandern der erste, welcher 1405 von diesem Rechte Gebrauch machte.

20) Im I. Placaetboek van Vlaenderen, und darnach wohl auch bei *Lunig* Cod. Diplom. Germ. steht irrig 1152, ein Druckfehler, der indeß ganz leicht zu berichtigen war, da damals nicht die Gräfin Margarethe, sondern Dietrich von Elsas regierte.

richtet hätten. — Allein gerade das Aufhebungsprivilegium von 1232 wiederlegt diese schon in sich selbst unhaltbare Behauptung, nach welcher nirgendswo auf fränkischem Boden Leibeigene hätten gefunden werden dürfen. Auch ist ihr der Keurbrief nicht entgegen, wo die freien Leute den Probstleuten entgegengesetzt werden: es sind freie Leute überhaupt. Auch werden nie die Bewohner so genannt, das Wort liberum oder Franeum wird, wie wir sehen, den Schöffen, dem Amte, dem Gerichte oder dem Lande gegeben. Die flammändische Zusammenstellung t'Land van den Vryen ist später und heißt so viel als het Vryc, d. h. das freie (Amt oder Land.)

Die Erwähnung der acht Virscharen im Diplome macht einige Schwierigkeiten; so viel Gerichtsbezirke setzen eben so viele Schöffenstühle voraus, und doch gab es nur ein Schöffengericht des Amtes? Vredius versteht darunter acht im Gebiete desselben liegende Gutsherrschaften. Allein die Gutsunterthanen derselben standen nicht unter dem Schöffenthume des Landes, sondern unter den ihrer Herren, und konnten gewiß nicht vom Grafen, dem sie nicht gehörten, vom Besthaupte befreit werden. Wahrscheinlich war damals das ganze Gebiet in acht Unterämter abgetheilt, oder hatte acht Orte, an welchen Gerichtssitzungen (Virscharen) gehalten wurden [21]). Im Jahre 1266 wurde es in drei vertheilt, und späterhin gleichfalls, zuletzt in 35 Unterämter. Dieselben acht Virscharen werden nochmals in einem sogleich zu nennenden Diplom von 1235 abermals erwähnt.

In das Jahr 1232 gehört noch ein anderes bis jetzt von den Schriftstellern über den Franc ganz ausser Acht gelassenes Actenstück, nämlich ein Concordat des Grafen mit dem Probste von St. Donaes über das Abzugsrecht ihrer Laeten und ihre Gerichtsbarkeit über dieselben, wenn sie auf dem Grundgebiete des einen oder des andern Verbrechen begehen sollten.

Das Diplom wird im diplomatischen Anhange unseres Werkes zum ersten Male gedruckt werden: es ist sowohl seines hohen Alterthums als seines Inhaltes wegen interessant.

21) Die oben erwähnte Urkunde von 1239 spricht von locis, in quibus per legem scabin. lib. adjudicatur.

Digitized by Google

1235.

Die Gräfin Johanna, noch Wittwe, entschied einen schon zu Lebzeiten ihres Gemahls Fernand zwischen ihnen und den Leuten (homines) des Amtes von Brügge obwaltenden Streit über das Recht, das Placitum generale, Duerginga genannt, abzuhalten. Die Schöffen des Amtes nahmen es als ihnen ausschließlich gebührend in Anspruch; Fernand und Johanna als eine gräfliche Prärogative. Diese Duerginga in der Coutume des Franc vom Jahre 1619 Rub. II. §. 14. Doorgaenda Waerheden, in der Chatelanie von Gent Generale Jaerwaerhede, Commune vérité, auch wohl franche vérité, ferner stille waerheden, coies vérités genannt, hatte nach dem Diplome von 1235 das Aufsuchen verborgen gehaltener Vagabunden und Verbannter zum Zwecke (de iis, qui Wastos bannitos receptaverint, vel cum iis communicaverint). Auch der Keurbrief erwähnt derselben (§. 7.).

Diese placita, ein Rest des alten Placitum legale, hatten in Flandern fast allenthalben statt bis 1794, und waren eine Art von Rügegerichten, auf dem alle Einwohner des Gerichtsbezirkes von 16 bis 50 Jahren erscheinen mußten, um alle Verbrechen, wegen derer sie veranstaltet wurden, anzuzeigen, sofern sie davon Kundr haben sollten; daher man sie auch inquisitiones generales nannte [22]). Die Gräfin erklärt, daß sie nach eingezogener genauer Kunde und nach dem Rathe guter und wohlunterrichteter Leute erkenne: Das Recht der Duerginga stehe blos den Schöffen des Amtes zu, sie läßt ausserdem dasselbe von mehreren ihrer Großen ausdrücklich bestätigen. In dem Briefe dieser wird die Duerginga auch communis veritas genannt.

1240.

Mehrere Vasallen Flanderns, nämlich Arnulph von Oudenaerde, Raso von Gavere, Wilhelm von Bethune und vier andere stellen ein Diplom aus, worin sie bezeugen, daß einst Graf Ferdinand, um die drückende Lage der Armen zu erleichtern, dem Balfardum ab homi-

22) Wir besitzen das Protocoll eines solchen placiti, welches 1309 nahe bei Furnes abgehalten wurde.

nibus ad *scabinagium liberum* officii Brugensibus, entsagt habe. Da Graf Fernand im Jahre 1233 starb, so muß die Aufhebung dieser Abgabe sieben oder acht Jahre vor der Ausstellung der Erklärung statt gehabt haben.

Eine genügende Erklärung des Wortes Balfart, oder Balfard ist noch nicht gefunden; es fand allenthalben in Westflandern statt, und soll in einem Jahrzinse von 12 Denare für jedes Haus bestanden haben. Da es in Flandern sonst eine Münze gab, die etwa diesen Werth hatte, und Blasfart genannt wurde, so mag der Name daher genommen seyn. Leo will sie von Balgpferd, d. h. der Ausrüstung der Streitpferde für den Heerbann herleiten. Wir werden darüber nähere Nachforschungen anstellen.

In der Urkunde wird nun das Scabinagium liberum erwähnt, wie in der oben genannten von 1239 die scabini liberi. Seit dieser Zeit kommen nun diese so wie die bereits angeführten gleich bedeutenden Ausdrücke: scabini franci, virscharnia franca: dann officium liberum: *le franc méstier de Bruges*, scabini de Vryen u. s. w. vor. — Nach diesen Stellen geht der Name liberum und Francum ursprünglich auf die Schöffen oder das Schöffenthum. Sie waren Freie oder Freischöffen! Aber in welchem Sinne. Werden sie so genannt, um nicht mit einem Mannengerichte oder Lehenhofe verwechselt zu werden? Es gab einen solchen in der Chatelanie von Brügge. Oder sind die Freischöffen, seit sie auch das Placitum legale der Duerginga unbestritten besitzen: so daß sie souveräne höchste Schöffen sind? Oder heißen sie freie Schöffen, weil nie Hörige da Schöffen seyn konnten? Wir geben hier eine andere noch einfachere Erklärung. Sobald eine Stadt ihr eigenes Schöffenthum erhielt, wurde sie villa franca (wie z. B. die Stadt Muda, nun St. Anna in dem Diplome von 1240, worin sie dazu erhoben und genannt wird). Da das Schöffenthum des Franc und das Privilegium von 1232 durch die Aufhebung des Besthauptes das Amt in jeder Rücksicht einer freien Stadtgemeinde gleichstellt, so war es wirklich ein Freischöffenthum oder ein Freiamt. Auch wird dasselbe als eine Communitas, als eine große Landgemeinde behandelt.

Wie dem sey, es folgt aus den aufgeführten Privilegien

von 1132 und 1235, und den 1240 beglaubigten, daß die vormalige Chatelanie von Brügge nun ein in jeder Hinsicht freies Land war: nämlich ein Land, bewohnt von blos freien Leuten, mit befreitem Grunde und Boden, und von einem Gerichte freier aus der Mitte derselben gewählten Schöffen regiert. — Nur dieser Theil Flanderns genoß diese Freiheit, welche nicht blos im Mittelalter, sondern auch in späteren Zeiten die höchste war, die man ausser den Städten finden konnte. Er wurde nach Landrecht, d. h. dem Keurbriefe, und nicht nach Hofrecht, wie eine Stadtgemeinde nach dem Stadtrechte, gerichtet.

1266.

Ausser einer Specialverfügung vom Jahre 1255 über die unter dem Namen von Brieves bekannten ihr im Gebiete des Franc zu zahlenden Renten (de Saint Genois p. 582 bis 583.) erließ die Gräfin nur eine allgemeine Verordnung die Regierung des Franc Mestier betreffend. Sie theilte nämlich 1266 das Gesammtgebiet desselben in drei Gerichtsbezirke, drei Virscharen genannt, und bestätigte bei dieser Gelegenheit den Keurbrief. Wir besitzen eine Abschrift des Originaldiplomes, welches im Archive der Chambre des Comptes in Lille aufbewahrt wird. Mehrere Schriftsteller hatten die Existenz der Verordnung geläugnet.

Es müssen nämlich an drei Orten regelmäßige Gerichte oder Virscharen gehalten werden, in Brügge, Ardenburg und Ostburg: wo die gewöhnliche Civil- und niedere Criminalgerichtsbarkeit für jeden der drei Distrikte geübt wird, z. B. wie treugae zu machen, Geißel zu geben u. s. w. Die höhere peinliche Jurisdiction gehört ausschließlich wie bisher den Freischöffen von Brügge: als mort d'homme, membre d'homme, préscure du Comte. Die ganze Eintheilung hatte demnach nur die Bildung niederer Gerichte zum Zwecke, welche die weite Entfernung der verschiedenen Orte in der ohnedem sumpfigen Gegend nöthig machte. Die Schöffen des Landes regieren dem ungeachtet das Ganze: sie allein haben das Recht, Verordnungern für das gesammte Metier zu erlassen. In jeder Virschare soll der Bailli einen Erckhouder setzen, der seine Unterbeamten hat. Auch wird festgesetzt, an welchem Tage der Woche vor jeder Virschare

Digitized by Google

geklagt werden kann, und gerichtet wird: mehrere Artikel des Edicts zeigen, daß es eine Art von Gerichtsordnung ist.

Sie war übrigens von Margarethe nur auf zwei Jahre festgesetzt, und vielleicht durch besondere Umstände veranlaßt; erst 1330 machte man wieder eine ähnliche Eintheilung des Landes, nämlich in das Noordvrye, Westvrye, Ostvrye: sie bestand bis in die neuesten Zeiten.

1279.

Graf Guido verspricht den Schöffen und der Gemeinde des freien Amtes, er werde keine tailles, assises, oder prières (Bede) bei ihnen erheben während zehen Jahren, es sey denn für die Vertheidigung des Landes, oder zur Loskaufung seiner Person oder seiner Kinder aus feindlicher Gefangenschaft. Dies gesteht er dem Lande zu aus Dankbarkeit für die ihm bewiesenen Freundschaftsdienste. Cf. *de Saint Génois*, p. 669 und *Beaucourt*, t. 1. p. 235.

1289.

In dieses Jahr gehört das Edict über den sogenannten Burgstoom. Es setzt die Competenz der Freien, und der städtischen Schöffen fest bei Streitigkeiten und Schlägereien in der Burg von Brügge während der Gerichtssitzungen; da die Burg auf städtischem Grundgebiete lag und dennoch den Schöffen des Landes zum Gerichtssale diente, so sprachen beide die Jurisdiction an; der Graf ertheilte sie nach Umständen den städtischen oder den Freischöffen, je nachdem der Angeklagte Bürger von Brügge oder Vrylaet war. Auch die Gräfin Margarethe erwähnt in ihrem Edicte von 1266 des Borchstormes.

1317.

Zuletzt ist eine Uebereinkunft, die seventhien Poincten (die 17 Punkte) genannt, zwischen den Schöffen der Stadt und denen des Franc zu nennen, welche diese Periode beschließt. Darin wird die wechselseitige Competenz der beiden Gerichte für alle Hauptfälle bestimmt und mehrere Verhältnisse, die bisher zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben hatten, regulirt.

Außer diesen Privilegien und Verordnungen, deren Data angegeben sind, fand der Verfasser noch ein bisher keinem Schriftsteller über den Franc bekanntes Actenstück, das im

Archive von Ostflandern in Gent, aus dem ehemaligen gräflichen Archive von Rüppelmonde kommend, aufbewahrt wird, und eine besondere Aufmerksamkeit verdient.

Es besteht dasselbe aus einer Pergamentrolle, welche der Schrift nach der Mitte des 13. Jahrhunderts angehört und die Ueberschrift führt: Curae emendandae in officio Brugensi in anno . . . . .

Wir werden dasselbe im diplomatischen Anhange unseres Werkes abdrucken lassen.

Sie enthält den Entwurf einer neuen Keure, nicht bestimmt, den Keurbrief zu ersetzen, sondern denselben[23]) zu modificiren. Er besteht aus eilf ziemlich langen Artikeln in lateinischer Sprache, wovon die ersten prozessualischen und criminalistischen Inhalts (§. 1—9) sind, die letzten privatrechtlich[24]). Daß diese Keure nie bestätigt oder eingeführt worden, folgt theils aus dem Stillschweigen aller anderen Actenstücke und der Schriftsteller, theils aus der Inschrift, in welcher die Angabe des Jahres fehlt, jedoch sich finden sollte. Die Keure ist dessen ungeachtet nicht minder wichtig: indem die darin enthaltenen Grundsätze entweder eben so flandrisch-germanisches Recht sind, wie die des Keurbriefes, oder sie doch Abänderungen im Geiste dieses Rechtes beabsichtigt. Man besitzt überhaupt wenig Gesetzesentwürfe aus dem Mittelalter: der gegenwärtige ist deßhalb und zwar um so mehr belehrend, als er (soweit er nämlich leserlich ist) in einer sehr klaren, bestimmten Sprache abgefaßt ist.

§. 3. Umfang und Verfassung des Freiamtes von Brügge.

Nachdem wir nun die diplomatische Geschichte der zum franc-métier gewordenen Chatelanie von Brügge kennen, ist es möglich, die Verfassung und Regierungsweise dersel-

23) Nach §. 2. in medio, wo die cura comitis *Philippi* ausdrücklich genannt ist.

24) Die letzten Artikel enthalten die Grundsätze des Gewohnheitsrechtes der Chatelanie über die eheliche Gütergemeinschaft und das Intestaterbrecht. Es ist zu bedauern, daß die letzten Zeilen der Pergamentrolle so sehr verlöscht waren, daß selbst ein Versuch sie durch Galläpfeltinctur leserlich zu machen, mißlang.

Digitized by Google

ben zu beschreiben. Um dieses aber mit der gehörigen Bestimmtheit thun zu können, ist es nöthig einen Blick auf die Bestandtheile des Gebietes zu thun, wie dasselbe als membre des états de Flandres im 17. Jahrhunderte war [25]).

Wir finden dann:

1) Das Gebiet des eigentlichen Schöffenthums und der Gemeinden des Franc, bestehend aus 90 Dörfern, die in 35 Ambachten abgetheilt waren [26]). Sie stehen in jeder Rücksicht unter dem Freischöffenthume, welches ihre Gerichts- und Verwaltungsbehörde in höchster Instanz bildet [27]). Sie wurden bis zum Jahre 1427 gerichtet nach Landrecht, d. h. nach dem Keurbriefe [28]) und andern Gewohnheiten; dann nach der Coutume dieses Jahres, endlich nach der von 1619 [29]).

2) Mehrere Gutsherrschaften, welche unter der Gerichtsbarkeit ihrer Herren oder Dynasten stehen, jedoch dieselben Privilegien und Rechte, wie die dem Freischöffenthume unmittelbar untergebenen Orte, ja ein Zugrecht nach diesen haben. Sie werden die Appendans des Franc genannt.

Cuſtis bezeichnet p. 4. ihr Verhältniß zum Freiamte nach Rommel mit folgenden Worten: „les villes, villages et seigneuries, qui dependent de ce territoire (communement appelées *appendantschen*) ont une jurisdiction particulière sous chaque Seigneur respectif: mais ils jouissent des mêmes privilèges et immunités de ceux du Franc: les coutumes desquels ils sont obligés de suivre avec une subjection à leures ordonnances politiques. On peut appeler des sentences de ces subalternes au chef collège du Franc. Ils doivent payer toutes les charges du pays, excepté seulement les imposition, nommées *accises*, qui competent au Seigneur.“

25) Man vergleiche z. B. Sanderus p. 280. und Grammaye p. 139. Wir folgen Cuſtis handschriftlicher Geschichte.

26) Siehe die Liste hinter der Coutume, z. B. in der Ausgabe von 1767 p. 290 — 292.

27) In so weit nämlich kein Recurs an das Conseil de Flandres möglich war.

28) Indeß hat selbst Carl V. den Keurbrief feierlich bestätigt.

29) Die Bewohner dieser Dörfer des Franc sind die eigentlichen Brylaeten, d. h. freie Laeten.

Digitized by Google

Diese Gutsherrschaften, bestehend aus Städtchen, wie Middelburg in Flandern, aus einzelnen Dörfern oder einer Gesammtheit von Dörfern oder Theilen von Dörfern, sind 12 an der Zahl. Ihre Bewohner heißen Appendent-Laeten. Ihre Herren stehen, wenn dieselben nicht allodial sind, unter dem Lehenhofe der Chatelanie, die Burg von Brügge genannt [30]).

3) Mehrere weltliche und geistliche Dörfer, Städtchen oder Herrschaften, die vom Freischöffenthume ganz unabhängig, blos ihren Dynastien unterworfen sind, nach eigenen Rechten ihrer Keure und Coutume leben, jedoch mit den Leuten des Franc in der ständischen Repräsentation vertreten werden, und zu dem Antheile derselben in den Subsidien der Grafschaft beitragen. Sie werden deßhalb Contribuanten, Contribuans oder auch Subsidiaires genannt. Ehe der Franc zum membre des Flandres erhoben worden (1437), standen sie in keiner näheren Verbindung mit ihm. Custis sagt von ihnen:

Les subsidiaires ou contribuans ont aussi non seulement leures jurisdictions particulières, mais ne dependent aucunement de ceux du Franc [31]), tant pour les coutumes, que pour les appels de leures sentences, qui doivent être immédiatement intentés au conseil de Flandres. Toute leure obligation consiste à fournir leur quote part dans la caisse du réceveur-général pour des subsides qu'on accorde au prince.

Es sind folgende:

La Seigneurie de la prevoté de St. Donas.
La Seigneurie des Chanoines de St. Donas.
La ville d'Eecloo.
La Seigneurie de Lembeke et Avechot.
La ville et Seigneurie de Caprike.

---

30) Ein Verzeichniß aller Lehen, die unter dem Lehenhofe der Burg vom Brügge stehen, findet sich bei *Le Grand*, Coutumes de Flandres. t. 2.

31) D. h. sie stehen nicht in einem subordinirten, sondern lediglich in einem coordinirten Verhältnisse zur Gemeinde des Freiamtes.

Digitized by Google

Les Seigneuries de Male, Vyve, Tilleghem, Guyssen, Roden, genannt Nieuvenhove.

Mehrere dieser Herrschaften waren Lehen der gräflichen Krone, aber dem Lehenhofe der Burg von Brügge nicht untergeben, ausgenommen Male [32]).

Die Städte von Eeeloo und Caprike erhielten eigene Keuren im Jahre 1240. Die von Eeeloo werden wir im zweiten Bande unseres Werkes mittheilen.

4) Endlich lagen im Gebiete des Franc mehrere gräfliche Städte, welche aber gänzlich unabhängig vom Freischöffenthume, und nicht zum Franc als membre des Flandres gehörend, durchaus als ausgeschieden vom Lande der Freien angesehen werden. Sie machen einen Theil des Quartier von Brügge aus, und sind in dreifacher Hinsicht mit dieser Stadt verbunden: einmal in militärischer Rücksicht, dann als contribuirend am Antheile dieses dritten Gliedes von Flandern an den Subsidien; endlich sind die Städte, wo nicht alle, doch größtentheils einem Zugrechte nach dem Schöffenstuhle der Stadt Brügge unterworfen. Es sind folgende:

Ardenburg	Yzendyk	Burvliet
Oostburg	Damme	Ostende
Oudenburg	Mude	Blankenberg
Thourbut	Sluys sonst Lamminsvliet	Kouh
Monikerede.		

Sie werden die smalen (d. h. kleinen) Städte von Brügge genannt, sind jedoch nicht die einzigen smalen Städte, da selbst Nieupoort, Furnet, Dixmuide, Loo und andere als solche aufgeführt werden. Die letzteren sind es aber nur in militärischer Rücksicht: nämlich als Städte, welche zum Quartier von Brügge, qua membre de Flandres, gehören.

Scheiden wir nun diese sämmtlichen Städte, so wie die blos contribuirenden Gutsherrschaften vom Umfange des Territoriums des franc-métier aus: so bleiben nur noch die 90 dem Freischöffenthume unmittelbar unterworfenen Dörfer und die 12 mittelbar durch das Zugrecht und die gemeinsamen Coutume demselben untergebene Herrschaften übrig.

32) Siehe die angeführte Liste bei *Le Grand* p. 53.

Digitized by Google

Die ersten bildeten eine große Landcommune, ganz ähnlich den Stadtgemeinden, sie wird auch als solche überall behandelt. Ihre Regierungsbehörden sind aber blos gräfliche, jedoch von zweierlei Art, nämlich:

Ein Bailli[33]), ein Schultheiß, genannt Erickhouder, mehrere Ammans, und die Schöffen: letztere sind unabsagbar vom Grafen, während der Bailli ein widerruflicher Beamter ist. — Eine Menge Unterbeamten sind im Dienste dieser Regierungsbehörde.

Es ist bereits bemerkt worden, daß seit 1330 häufiger Wechsel in der Organisation des Schöffenthums eintrat. Custis gibt in seiner handschriftlich vorhandenen Geschichte des Franc die genauesten Aufschlüsse hierüber vom Anfange des 14. bis in das 18. Jahrhundert (p. 7. — 28. und p. 31. — 52.). Es ist merkwürdig, daß alle Versuche die ältere Ordnung der Dinge aufzuheben mißlangen; sie kehrte immer wieder nach kurzer Zeit zurück.

Ueber die Zahl der Schöffen hat man vor 1414 keine genaue Kunde; der Keurbrief erklärt; daß sieben Schöffen über alle Rechtsstreite erkennen könnten. Die Zahl muß indeß gewöhnlich groß gewesen seyn, da man im Jahre 1357 bis 43 Schöffen zählt, ob sie gleich 1313 auf 36 beschränkt war. Im Jahre 1414 wurde sie auf 27 herabgesetzt, und diese Zahl dauerte fort bis zur Auflösung der alten flandrischen Verfassung im Jahre 1795.

Aus diesen Schöffen wurden Bürgermeister[34]) gewählt: zuerst und nachher auch öfter zwei: einer der Schöffen und einer der Commune (wie in der Stadt Brügge der Bürgermeister der Keure und der van der Courpse); später aber, besonders nach der Eintheilung des Landes in 3 Quartiere, vier: nämlich der Bürgermeister der Commune, der des Nordvreien, der des Ost- und der des Westvreien. Nur der erste

33) Die Baillis seit 1240 zählt Beaucourt auf t. 3. p. 144. Im Keurbriefe geschieht derselben keine Erwähnung; es kömmt dagegen neben dem Castellanus ein Officialis comitis, der nur der Bailli seyn kann, vor. Der Bailli du Franc war auch Bailli der Stadt.

34) Weitläufig handelt von den Bürgermeistern Beaucourt t. 3. p. 167. meistens wörtlich aus Custis übertragen.

war der des ganzen Landes [35]). Diese Bürgermeister waren jedesmal für ein Jahr ernannt, und wurden zuletzt an demselben Tage erneuert, an welchem es der städtische Magistrat von Brügge wurde.

War eine Stelle im Schöffengerichte frei, so hatte das Collegium ein Präsentationsrecht von 4 Candidaten. Seit 1520 pflegte man die Stellen zu kaufen. Custis gibt p. 111. und folg. eine chronologische Liste [36]) der Schöffen seit 1228, wo er 2, 1229, wo er 7 kennt; 1232 nennt er 19, 1240 nur 8; dagegen im Jahre 1246 40; ebensoviel 1278: es sind meistens Männer aus dem ältesten Adel des Landes der Freien [37]).

Der älteste in der Liste der Bürgermeister der Commune ist vom Jahre 1385 (p. 77). Außer den Schöffen hatte das Land des Vryen noch seinen receveur général. (Auch davon gibt Custis eine chronologische Liste von 1395 bis 1717 p. 285 — 287.).

Die Zahl der Pensionaristen war zuletzt 8; einer derselben war Greffier der Kammer der Schöffen, einer des Notariats, einer der Weesery (der Pupillensachen), einer Greffier der Vierschaere, und einer Greffier des Criminalgerichts; endlich einer Tresorier [38]).

Das Land der Vryen hatte ein Siegel, dessen älteste Form nach einem erhaltenen Diplome von 1273 bei Beaucourt tom. 3. p. 204. sich gestochen findet: es hat die Inschrift: S. (Sigillum) Scabinorum ac communitatis Franci Officii Brugensis [39]).

Die Unterbeamten im Franc sind:

---

35) Er war der erste und höchste Bürgermeister, also verschieden vom Bürgermeister der Commune oder von der Courpse in der Stadt. Beaucourt, l. c. p. 171.

36) Sie findet sich aufgezeichnet in Beaucourt's Jaerboeken van den Lande van den Vryen.

37) Custis gibt nicht blos ihre Namen, sondern auch die Wappen der meisten derselben p. 190 — 220 und p. 221 — 265.

38) Den grooten Brugschen Comptoir Almanach, voor het jaer 1789. tot Brugge 12. pag. 156. Coutume 1611. Rubr. I, §. 5.

39) Custis bezweifelt die Aechtheit desselben; dagegen schrieb Bredius über dasselbe einen weitläufigen Commentar.

Digitized by Google

Der Crickhouder, im Keurbriefe und anderen alten Urkunden Crickwarder genannt.

Die Ammans.

Die Beryders.

Die Stokhouders.

Die Amtspflichten dieser verschiedenen öffentlichen Personen sind in mehreren Edicten des 17. Jahrhunderts genau angegeben, nämlich in einem allgemeinen Prozeß- und Regierungsreglement des Frane vom Jahre 1628: darin handeln die Art. 8 — 13 von den Stokhonders, Art. 15 — 22 von den Beryders, Art. 23 — 27 von den Ammans.

Ferner in einzelnen Reglements, die von den Schöffen des Frane mit Bestätigung des Grafen von Flandern erlassen wurden, nachdem jene das Recht jene Stellen zu vergeben, käuflich auf 50 Jahre an sich gebracht hatten. Sie überließen dann diese Stellen titulo oneroso und bestimmten die Rechte und Pflichten der sie besitzenden Personen auf das Pünktlichste, nämlich:

Die der Stockhouders durch ein Reglement vom 1. Nov. 1663 (bei Le Grand p. 120); die des Crickhouders und der Beryders durch ein Edict vom 1. Mai 1647, und durch ein zweites vom 9. August 1671. (ib. p. 114, 117); die der Ammans durch eins vom 14. März 1643.

Der Crickhouder ist der von seinem Kreuzstocke, einer Art von Krücke genannte Schultheis: sein Name ist im Keurbriefe Crickwardra, was man wörtlich mit Stabhalter übersetzen kann.

Die anderen Personen sind nichts anderes als mit besonderen Namen bezeichnete Sergeants von ihm, deren Amtsthätigkeit auf bestimmte Handlungen beschränkt war; sie hatten aber nicht blos seine Befehle zu empfangen, sondern auch die des Schöffencollegiums.

Ob die Stockhouders alt sind, wagen wir hier nicht zu entscheiden: ihr Amt bestand nach den obigen Verordnungen im Abhalten von öffentlichen Versteigerungen in Sterbehäusern, und bei Vormundschaftsangelegenheiten. Sie führten hierüber Bücher und zahlten die Gelder nur nach gerichtlichem Befehle an die Interessenten.

Die Ammans und Beryders sind aber aus sehr frühen

Zeiten. Die ersten [40]) hatten im Lande der Freien wie überall in Flandern in und mit dem Gerichte zu thun: sie waren nicht blos bei Eröffnung der Sitzungen gegenwärtig u. s. w., sondern was hier besonders herauszuheben ist, sie hatten die gerichtlichen Vorladungen, Beschlüsse u. s. w. zu publiziren. Dieß geschah früher an den Sonntagen auf den Kirchhöfen, dann bei den Interessenten in Person; deßhalb waren so viele Ammanien als Ambachten: und demnach war ihnen erlaubt, ja befohlen, Commis zu halten, um die Vorladungen (Dag dinghen) in entfernten Orten machen zu können. Sie waren für ihre Commis verantwortlich.

Der Ursprung der Berynders [41]) ist im Keurbriefe zu suchen, ja in der ältesten Verfassung des Landes, als es noch Pagus Flandrensis war. Vor der Eröffnung der Placita generalia pflegte der Graf oder der Castellanus oder sonst ein Officialis von ihm mit einer berittenen Schaar das Land zu durchziehen, um etwaige Delinquenten und insbesondere Verbannte (banniti) zu entdecken. Nur nach diesem Umritte fand das Gaugericht statt: es wurde deshalb auch Duergynga, später doorgenga Waerhede, sonst franche vérité [42]) genannt. Der Keurbrief spricht davon im §. 7. mit großer Bestimmtheit, so wie das Diplom vom Jahre 1232, dessen Inhalt wir oben angegeben haben. Ferner ist von dieser equitatio bannitorum in dem von uns mitzutheilenden Protocolle, der Conferenz zwischen der Gräfin Margarethe und dem deutschen Könige Wilhelm von Holland vom Jahre 1252 die Rede. Ja bis in die Coutume von 1619 pflanzte sich die alte Verfügung fort: und die Sache bestand noch, als 1793 Flandern sich in der französischen Republik auflöste [43]).

40) Man kann sie als Unterschultheißen ansehen, da sie im 13. Jahrhunderte auch sculteti genannt werden.

41) Vredius p. 542. will sie in den Schontetos de libero eines Diplomes der Gräfin Johanna vom Jahre 1218 erkennen; es können darunter aber nur die Ammans verstanden werden.

42) In der Chatelanie von Gent kömmt es unter dem Namen von Generale Jaerwerhede, commune vérité, vor: in der Stadt Gent war es (so wie auch in Brügge) als Stille waerhede, coie vérité, förmlich aufgehoben.

43) Man vergl. darüber Vredius l. c. p. 457. und Raep-

Digitized by Google

Daß zu diesem **Omegank**, dieser equitatio, berittene Sergeans, wie wir sagen würden, Landreuter, wie bei der Chevauché in Frankreich, nöthig waren, ist klar: es sind dies unsere Beryders. Nach den oben angeführten Edicten liegt ihnen ob, jeden in flagranti delicto ergriffenen fest zu setzen: Jedermann, den sie bei dieser Gelegenheit um Beistand anrufen, muß unter Strafe ihnen helfen, gerade wie den englischen Constablers: ferner mußten sie früher dreimal in der Woche in den Gerichtssitzungen erscheinen, um Befehle zu empfangen, sie hatten die rechtskräftig gewordenen Urtheile zu exequiren, die fälligen Abgaben und Pachtgelder einzutreiben, und den Crickhouder bei Hinrichtungen und der Vollziehung anderer peinlichen Sentenzen zu unterstützen. Auch konnten sie sich durch Andere in ihren Exploits ersetzen lassen; diese werden dann Schutters genannt; die Beryders sind für dieselben verantwortlich.

Indem wir mit diesen Umrissen und Andeutungen die Verfassung und Commune-Regierung des Landes van den Vryen beschließen, müssen wir ein genaueres Studium über diese merkwürdige Landgemeinde den Freunden des germanischen Rechtes ganz besonders anempfehlen. Der Franc gibt uns ein Bild eines im Laufe der Zeiten verschiedentlich umgestalteten Gaues, der seine Grundverfassung nie ganz verloren hat. Er wird zur Chatelanie; viele villae und andere Orte werden in Folge geistlicher Immunitäten, oder als dominia utilia großer Vasallen vom ursprünglichen Verbande ausgeschieden; jene hören auf nach Landrecht zu leben; die Seigneurien behalten es jedoch mit eigener grundherrlicher Gerichtsbarkeit. Nach der Einlösung des Burglehens bildet sich unter den 90 Dörfern eine Gemeindeverfassung, an welcher die Gutsherrschaften, die Appendantschen keinen nähern Antheil haben, und ganz zuletzt entsteht ein neues Band, welches alle früher verbundenen Orte wieder vereint, als der Franc zu einem besondern Gliede der ständischen Vertretung Flanderns erhoben wurde; wobei indeß

---

faet Hist. des états généraux p. 282 — 284 Analyse t. 1. p. 300, 305.

andere, früher nicht zu jenem Gaue gehörige Orte (die Contribuenten) mit ihm verbunden werden.

Die innere Organisation des Landes, das Schöffencollegium, die 35 Ambachten, die Unterbeamten u. s. w. sind nothwendige Bedingungen oder Wirkungen des zur Gemeinde gewordenen Gauverbandes.

Die hier gegebene Uebersicht, die mitzutheilenden Diplome und die Coutume von 1619 machen es möglich genauere Untersuchungen über die Rechtsverhältnisse des Landes van den Vryen aufzustellen, bei welchen man nicht vernachlässigen muß, das oft angeführte Werk von Vredius zur Hand zu haben.

Gent, den 24. November 1832.

Ueber den Anfangspunct des Pfandrechts an zukünftigen Gütern.

Von Dr. Hepp, Professor der Rechte in Bern.

§. 1.

Ein Pfandrecht kann an zukünftigen Gütern auf mehrfache Weise bestellt werden, und wenn wir Alles erschöpfen wollen, so müssen wir mit dem römischen Rechte fünf Fälle unterscheiden [1]). Diese sind:

1) Die Collectivverpfändung des zukünftigen Vermögens, z. B. L. 7. §. 1. D. qui potiores (20, 4): Si tibi *quae habiturus sum*, obligaverim etc. In der Regel kommt sie in Verbindung mit der Verpfändung des gegenwärtigen Vermögens vor (quae habeo et habiturus sum), z. B. L. 28. D. de jure Fisci (49. 14.) L. 21. pr. D. qui potior (20. 4.) L. 9. Cod. quae res pignori (8. 17.).

1) Gesterding Pfandrecht §. 34 zweite Auflage unterscheidet freilich nur vier; allein der fünfte findet sich bei ihm schon im §. 7 genannt.

Digitized by Google

2) Die Verpfändung zukünftiger Früchte, z. B. L. 15. pr. D. de pignor. (20. 1.): Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut *fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum;* et ea quae nascuntur, sunt hypothecae obligata. Vergl. auch L. 11. §. 3. D. qui potior. (20. 4.).

3) Die Verpfändung einer *res aliena* unter der Bedingung: *si in dominium meum pervenit*, z. B. L. 7. §. 1. qui potior. (20. 4). So heißt es auch in L. 16. §. 7. D. de pignor. (20. 1): Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.*

4) Die Verpfändung einer res aliena *debita*, d. h. einer fremden Sache, worauf dem Verpfänder eine Forderung zusteht, z. B. L. 1. pr. D. de pignor. (20. 1): In speciem autem alienae rei collata conventione, *si non fuit ei, qui pignus dabat, debita* etc. Vgl. auch L. 3. §. 1. D. qui potior. (20. 4). Endlich

5) Die Verpfändung einer res aliena schlechtweg (pure, simpliciter), d. h. ohne die hinzugefügte Bedingung: si in dominium meum pervenit, z. B. L. 1. pr. D. de pign. (20. 1) L. 9. §. 3 qui potior (20. 4) L. 41. pr. D. de pign. act. (13. 7).

§. 2.

Kann ein Pfandrecht an zukünftigen Gütern auf so mancherlei Weise bestellt werden, so rechtfertigt sich die Untersuchung der Frage, von wann an es seinen Anfang nehme, schon durch sich selbst. Doch ist diese Frage nur dann von Bedeutung, wenn der Verpfänder eben dieselben Güter einem Andern vor deren Erwerb, und zwar zu einer späteren Zeit verpfändet hatte; denn war die Verpfändung eine gleichzeitige, so sind die Rechte beider Gläubiger gleich[2]), und erfolgte die zweite Verpfändung nach dem Erwerbe der verpfändeten res futurae, so entscheidet, man mag ausgehen, von welcher Theorie man will, die Priorität der Zeit.

§. 3.

Geht man nun davon aus, daß in sämmtlichen oben (§. 1.) erwähnten Fällen das Object des Pfandrechts Güter

2) L. 16. §. 8. D. de pignor. (20. 1).

sind, die zur Zeit der Verpfändung noch nicht im Vermögen des Schuldners sich befinden, so erfordert es die Consequenz, dieselben nach Einem Principe zu entscheiden. Dies hat jetzt Gesterding zum Theile anerkannt; jenes, indem er die Verpfändung der zukünftigen Früchte (§. 1. Nr. 2) mit Recht nach demselben Principe, wie die Collectiv-Verpfändung des zukünftigen Vermögens beurtheilt[3]; dieses, indem er die Verpfändung einer res aliena *debita* (§. 1. Nr. 4) mit Unrecht in Eine Kategorie mit der Verpfändung der res aliena schlechtweg (§. 1. Nr. 5) bringt. Nach der richtigen Ansicht sind vielmehr die vier ersten Fälle nach demselben, der fünfte dagegen nach African's berühmter Entscheidung in L. 9. §. 3. D. qui potiores (20. 4) nach dem entgegengesetzten Principe zu entscheiden.

§. 4.

Bis auf den gegenwärtigen Augenblick sind indeß unsere Juristen über das Princip nicht einverstanden, nach welchem die successive Verpfändung zukünftiger Güter beurtheilt werden soll. Einige setzen dasselbe in die Priorität der Zeit, behaupten also, daß der ältere Pfandgläubiger den Vorzug vor dem jüngeren auch an den später erworbenen Gütern habe; andere dagegen berufen sich auf die Natur der Sache und auf die Grundsätze von den Potestativ-Bedingungen, wonach die Pfandrechte der mehreren Gläubiger in denselben Zeitmoment fallen, und dadurch eine Concurrenz derselben pro rata ihrer Forderungen[4] begründet wird. Die erste Theorie vertheidigte unter den Glossatoren schon Azo, dem später auch die mehrsten Rechtslehrer folgten, und unter diesen jetzt auch Mühlenbruch[5] und Wening-Ingenheim[6]. Die zweite Theorie dagegen wurde von den übrigen Glossatoren vertheidigt, und dieser nahmen sich schon Anton Faber, Hellfeld, und Paul v. Buysen[7] gegen die herrschende ältere Theorie mit vie-

3) Gesterding §. 7.
4) L. 16. §. 8. D. de pignor. (20. 1).
5) Doctr. Pandect. §. 414. nota 10.
6) Lehrbuch Bd. 2. §. 128. Nr. 2.
7) Bei Gesterding §. 34.

Digitized by Google

ler Wärme an. Auch unter den neueren Juristen haben sich mehrere für dieselbe erklärt, namentlich Gesterding[8]), Glück[9]), Zimmern[10]) und Roßhirt[11]), und diesen schloß sich seither auch der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung[12]) an.

§. 5.

Uebrigens hängt die Entscheidung unserer Streitfrage weniger von der Anwendung allgemeiner Principien als von der richtigen Interpretation der hier einschlagenden Gesetzstellen ab, die ihre besondere Schwierigkeit haben. Was hierüber von mir schon an anderen Orten bemerkt ist, will ich hier zum Ueberflusse nicht wiederholen, sondern nur bemüht seyn, der nach meiner Ansicht richtigen Theorie neue Gründe unterzulegen. Zu diesem Zwecke müssen wir vorerst einige gar nicht hieher gehörige Gesetzstellen, auf welche man sich dessenungeachtet noch immer hin und wieder beruft, ausscheiden, nämlich die L. 34. §. 2. D. de pignor. (20. 1), die L. 11. §. 3. D. qui potior. (20. 4.) und die L. ult. Cod. de remiss. pign. (8. 26). Was

1) Die L. 34. D. cit. betrifft, auf welche sich Gesterding unbegreiflicher Weise auch jetzt noch stützt, so sagt diese keineswegs aus, was sie sagen soll, daß nämlich das an rebus futuris (in specie an corporibus pecuniae) bestellte Pfandrecht erst mit dem Augenblicke des Erwerbs — also nicht der Pfandbestellung — anfange, wie die Worte ergeben:

Creditor pignori accepit a debitore, quidquid in bonis habet, habiturusve esset. Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obli-

8) Zweite Auflage §. 34 und 7.
9) Commentar Thl. 19. S. 232. Thl. 18. S. 216.
10) In Schunk's Jahrbüchern Bd. 2. H. 3. S. 253.
11) In dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht H. 1. S. 23 — 26.
12) Diss. ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825. p. 165. sq. und im Archive für die civilistische Bd. 10. S. 295. sq.

Digitized by Google

gata creditori pignoris esse coeperint? Respondit, coepisse.

Mit Recht hat Baumbach längst bemerkt, daß Scävola hier gar nicht die Frage über den Anfang des Pfandrechts aufgeworfen hat, noch ein Interesse haben konnte, darnach zu fragen, da ja von keiner Concurrenz der Pfandgläubiger, sondern nur von Einem Pfandgläubiger die Rede ist. Es handelte sich nur darum, ob auch ein nach der Generalverpfändung vom Schuldner aufgenommenes Darlehen, also baares Geld, mit unter das Generalpfand falle; und diese Frage beantwortet Scävola der Consequenz gemäß mit Ja! denn die Verpfändung des zukünftigen Vermögens war einmal anerkannt, und in so fern konnte kein Vermögensrecht davon eximirt werden. Etwas anomales liegt allerdings darin, ein Pfandrecht am baaren Gelde zu erlangen, indem das Pfandrecht ja eben die Sicherung einer Geldforderung bezweckt, und in so fern das Object der Forderung und des Pfandrechts ein und dasselbe sind. Allein wenn anders der Gläubiger zur rechten Zeit (so lange nämlich das Darlehen vom vom Schuldner noch nicht verausgabt ist) sein Pfandrecht geltend macht, so kann es ihm doch eine größere Sicherheit gewähren, als die persönliche Forderung. Freilich wird es nicht leicht einem Gläubiger einfallen, sich ein Pfandrecht am baaren Gelde des Schuldners zu constituiren. Allein bei Verpfändungen des zukünftigen Vermögens fällt es allemal unter das Generalpfand. Indem nun Gesterding jene Anomalie übersah, ließ er sich dagegen durch die Worte: *cum in bonis ejus facta sint*, und: *esse coeperint* täuschen. Allein jene stehen keineswegs für: *ex quo* in bonis etc., sondern haben den Sinn: da doch nun einmal der Schuldner Eigenthümer des Geldes geworden ist; diese dagegen sind eine bloße, auch bei den Griechen gewöhnliche Periphrase für das einfache: *sit*, beziehen sich also nicht auf den Anfangspunkt des Pfandrechts [13]).

13) *Th. Munker* ad Hygin. Fab. 4. *Klotz* ad Tyrtaeum 1. 10. *Corte* ad Sall. Cat. 7. nr. 1. Intpp. ad Petron. Satyr. 6. und 7. u. s. w.

Digitized by Google

In so fern gehört also die L. 34. D. cit. gar nicht hieher[14]). Was ferner

2) Die L. 11. §. 3. D. qui pot. (20. 4) betrifft, so erkennt jetzt Gesterding[15]) mit Recht an, daß diese keineswegs zum Beweise dienen könne, den Anfang des an zukünftigen Früchten (§. 1. Nr. 2) bestellten Pfandrechts schon mit der Verpfändung eintreten zu lassen, wie kürzlich auch Roßhirt[16]) erinnert hat. Denn die Worte:

> Si de futura re convenerit ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla *conventionis tempore in bonis fuit debitoris;* et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi *conventionis tempore fuerit debitoris,*

deuten auch nicht im Entferntesten auf den Anfangspunct des Pfandrechts, sondern bestimmen nur, als Bedingung der Gültigkeit desselben, daß das Grundstück u. s. w. sich zur Zeit der Verpfändung in bonis debitoris befunden haben müsse. Keineswegs ist also damit gesagt, daß es nichts weiter als dieser Voraussetzung bedürfe, um das Pfandrecht an den Früchten sofort vom Augenblicke der Verpfändung zu datiren, eine Annahme, gegen welche man sich schon auf L. 15. pr. D. de pign. (20. 1) berufen könnte, wo von der Verpfändung der fructus futuri gesagt ist: et ea *quae nascuntur*, sunt hypothecae obligata. Es ist also vor der Hand nur ein Hoffnungsrecht da, welches zum Pfandrechte an den Früchten durch die Entstehung oder den Erwerb derselben wird, indem der Eigenthümer die fructus, den partus ancillae u. s. w. vom Augenblicke ihrer Entstehung von Rechtswegen (ipso jure) erwirbt. Will man aber auch kein Gewicht auf diese Aeusserung legen, weil dessen ungeachtet doch immer möglich sey, daß unter mehreren Hoffnungsrechten das ältere den Vorzug vor dem jüngeren habe, so ist und bleibt doch so viel gewiß, daß die L. 11 und L. 15. D. cit. unsere Frage gar nicht entscheiden, und in so fern nichts übrig bleibt, als sie

14) Arch. für civ. Prax. Bd. 10. S. 309. 10. Roßhirt Zeitschrift 1. S. 22.
15) Pfandrecht §. 7. ed. 2.
16) A. a. O. S. 18. 19.

Digitized by Google

nach demselben Principe zu beurtheilen, wie die ähnliche Verpfändung der bona futura, einer res aliena unter der Bedingung: si debitoris facta fuerit u. s. w. Was endlich

3) Die L. ult. Cod. de remiss. pign. (8. 26), worauf sich kürzlich Vermehren[17]) berufen hat, betrifft, so soll diese sagen, daß, wenn bei der Verpfändung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, der Schuldner mit Einwilligung des Pfandgläubigers ein Stück veräussere und dasselbe wiedererwerbe, alsdann die wieder erworbene Sache (als res post adquisita) zwar wieder unter das Generalpfand falle, jedoch erst *a dato* des Wiedererwerbs; und aus dieser Ausnahme soll sich dann die entgegenstehende Regel ableiten lassen, daß im Uebrigen das Pfandrecht an zukünftigen Gütern schon mit der Pfandbestellung anhebe. Allein Justinian spricht mit keiner Sylbe eine sogenannte Mitteltheorie aus, wie sie Vermehren ihm unterlegt. Die römischen Juristen waren uneinig darüber, ob bei Verpfändungen des gesammten (gegenwärtigen und zukünftigen) Vermögens die mit Einwilligung des Gläubigers veräusserte, und nachmals vom Schuldner wieder erworbene Sache unter das Generalpfand verfalle oder nicht? Justinian entschied nun für die letztere Ansicht, und äußert sogar seinen Unwillen über die Annahme der entgegengesetzten Theorie (nobis autem *indignum* visum etc.) mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß der Pfandgläubiger die wiedererworbene Sache weder vom dritten Besitzer, noch vom Pfandschuldner solle einfordern dürfen. Unter diesen Umständen kann die L. ult. C. cit. hier gar nichts entscheiden.

§. 6.

Dagegen fehlt es nicht an andern Gesetzstellen, welche unsere Rechtsfrage speciell betreffen. Vor der Hand wollen wir indeß von ihnen absehen und uns zur Entscheidung derselben nach allgemeinen rechtlichen Principien umsehen. Diejenigen, welche das Pfandrecht an den zukünftigen Gütern vom Augenblicke der Pfandbestellung anheben lassen, berufen sich auf das durchgreifende Princip der Priorität der Zeit. Soll damit gesagt seyn, daß das Pfandrecht sofort

17) Arch. für civ. Praxis Bd. 13. H. 1. S. 29. sq.

die zukünftigen Güter belaste, ehe und bevor der Gemeinschuldner sie zu Eigenthum erworben hat, so ist dies eine ganz absurde Idee, welche durch sich selbst widerlegt wird und daher keiner Widerlegung bedarf. Soll dagegen damit gesagt seyn, daß die Priorität der Zeit auch über bloße Hoffnungsrechte entscheide, so läßt sich eine solche Ausdehnung dieses Princips zum wenigsten aus den Gesetzen nicht erweisen, indem diese überall ein am Vermögen des Schuldners erworbenes Pfandrecht voraussetzen. Auch paßt der Grund, worauf die Priorität der Zeit beim wirklichen Pfandrechte beruht, auf bloße Hoffnungsrechte nicht; denn es existirt hier kein das Eigenthum beschränkendes dingliches Recht, wodurch es dem Verpfänder rechtlich unmöglich gemacht wird, zum Nachtheile des älteren Pfandgläubigers frei über sein Eigenthum zu verfügen. Die Gesetze lassen aber nur unter jener Voraussetzung die Priorität der Zeit entscheiden, indem sie bei der Collision sonstiger Rechte andere Entscheidungsnormen aufstellen. Diesem nach dürfte es also wohl mißlich seyn, sich bei bloßen Hoffnungsrechten auf das prior tempore, potior jure zu stützen!

Mit Recht berufen sich dagegen die Vertheidiger der entgegengesetzten Theorie, wonach das Pfandrecht an zukünftigen Gütern erst im Momente des Erwerbes derselben existent wird, auf die Natur der Sache und auf die allgemeinen Principien von der Potestativbedingung.

Was vorerst die Natur der Sache betrifft, so ist ja mit der bloßen Zusicherung auf ein Recht dem Berechtigten noch nicht das Recht selbst gegeben. Die Verpfändung der zukünftigen Güter sichert nun aber dem Gläubiger nur ein Pfandrecht auf diejenigen Güter zu, die der Schuldner in Zukunft erwerben sollte, und in so fern liegt es in der Natur der Sache, daß das Pfandrecht nicht schon vor dem Erwerbe derselben anfangen kann. Vor der Hand hat der Gläubiger ein bloßes Hoffnungsrecht, welches erst durch den Erwerb der zum Voraus verpfändeten Sachen zu einem wirklichen Pfandrechte wird. Ueberhaupt versteht sich von selbst, daß Niemand den Willen, noch das Recht haben kann, Güter schon jetzt zu verpfänden, die gegenwärtig noch anderen gehören, und zugleich im Objecte durchaus unbe-

Digitized by Google

stimmbar sind, indem Niemand zum Voraus wissen kann, was er erwerben wird. In so fern würde es also selbst unmöglich seyn, schon jetzt etwas Bestimmtes zu verpfänden.

Was ferner die Grundsätze von den Potestativbedingungen betrifft, so wird Niemand läugnen können, daß die Verpfändung einer res aliena, z. B. eines fundus, unter der ausdrücklich hinzugefügten Bedingung: *si in dominium meum pervenit* (L. 7. §. 1. D. qui potior), oder: *si debitoris facta fuerit* (L. 16. §. 7. D. de pignor.) eine Verpfändung unter einer Potestativbedingung ist, indem das ob und das wann des Erwerbs lediglich von der Willkühr des Verpfänders abhängt. Eben dasselbe muß nun aber auch von der Verpfändung des zukünftigen Vermögens behauptet werden, und zwar aus folgenden Gründen: Vorerst setzt Papinian in L. 1. pr. D. de pignor. (20. 1) die Verpfändung der bona futura in Eine Kategorie mit der Verpfändung einer *res aliena*, deren Eigenthum der Verpfänder nachmals erwirbt. Und in der That verpfändet auch derjenige, welcher sein künftiges Vermögen verpfändet, Güter, die gegenwärtig nicht ihm, sondern Anderen gehören. Dann stimmen auch beide Fälle darin überein, daß, wie in jenem Falle das ob und das wann, so auch in diesem Falle das ob und das wann und das was des Erwerbs lediglich von der Willkühr des Verpfänders abhängt. So wie also dort die Bedingung: si in dominium meum pervenit ausdrücklich ausgesprochen ist, so liegt sie hier in der Verpfändung. Nun haben wir aber die ausdrückliche Bestimmung, daß, wenn der Anfangspunct des Pfandrechts nur irgend von der Willkühr des Verpfänders abhängt, alsdann nicht die Zeit der Pfandbestellung entscheidet, sondern der Anfang des Pfandrechts in eine spätere Zeit fällt. So z. B. fängt das zum Voraus (vor der Illation) an den invectis et illatis bestellte Pfandrecht nicht früher als mit der Illation an, weil es von der Willkühr des Verpfänders abhängt, ob, was und wann er inferiren will. Mithin geht das in der Zwischenzeit zwischen dem Pfandvertrage und der Illation an denselben Sachen für eine andere Forderung bestellte Pfandrecht vor, wie Gajus in L. 11. §. 2. D. qui pot. (20. 4) ausdrücklich bemerkt. So wie nun die Ver-

Digitized by Google

pfändung der invecta et illata mit anderen Worten aussagt: ich verpfände dir meine Mobilien, sobald ich sie inferirt haben werde, so hat auch die Verpfändung der künftigen Güter keinen anderen Sinn, als den: ich verpfände dir diejenigen Güter, welche ich in Zukunft erwerben sollte, sobald ich sie erworben haben werde; und in so fern liegt in beiden Fällen eine stillschweigende (sich von selbst verstehende) Potestativbedingung. Potestativbedingungen werden aber bekanntlich nicht zurückgezogen, wie auch Africanus in L. 9. §. 1. eod. sagt:

Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, *quae invito debitore impleri non possit.*

Das Pfandrecht am zukünftigen Vermögen kann aber wider den Willen des Schuldners (invito debitore) niemals wirksam seyn.

So fängt auch nach L. 11. pr. D. qui pot. (20. 4) und L. 4. D. quae res pign. (20. 3) das für die Rückgabe eines versprochenen Darlehens zum Voraus bestellte Pfandrecht nicht sofort, sondern erst mit der Auszahlung des Darlehens an, weil es von der Willkühr des Bestellers abhängt, „ob überhaupt und wann er das Darlehen annehmen, und dadurch zum Pfandschuldner werden will.“ Mithin hat das in der Zwischenzeit auf dieselbe Sache für eine andere Forderung bestellte Pfandrecht den Vorzug. Auch hier liegt eine stillschweigende Potestativbedingung vor — eine blose Zusicherung auf ein Recht, dessen Realisirung durch die Willkühr des Pfandbestellers bedingt ist. Und verhält es sich bei der Verpfändung des zukünftigen Vermögens wohl anders?

Auch soviel geht hieraus hervor, daß das Princip der Priorität der Zeit, worauf sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Theorie berufen, manche Ausnahmen zuläßt, und in so ferne ihnen der Beweis obliegt, daß die Verpfändung der zukünftigen Güter unter diese Ausnahmen nicht gebracht werden könne.

Nach diesen Vorbemerkungen ist es nunmehr Zeit, die einzelnen hier einschlagenden Gesetze reden zu lassen, und wenn ich dabei von der im §. 1. angegebenen Ordnung ab-

Digitized by Google

weiche, so geschieht dies aus guten Gründen, wie der Verlauf lehren wird.

§. 7.

1. Von der Verpfändung der zukünftigen Früchte.

Man darf diesen Fall nicht mit der Verpfändung eines Nießbrauchs verwechseln, indem diese nicht zu den Verpfändungen der zukünftigen Güter gehört. Der Nießbrauch kann auf doppelte Weise als Pfand bestellt werden, entweder dadurch, daß der Eigenthümer seinem Gläubiger einen Nießbrauch auch zur Sicherung seiner Forderung einräumt, oder dadurch, daß der Nutznießer den ihm zustehenden Nießbrauch seinem Gläubiger verpfändet [18]). Ohne mich hier auf die Wirkungen einer solchen Pfandbestellung, worüber ich mich weitläuffg an einem anderen Orte [19]) ausgesprochen habe, einzulassen, bedarf es hier nur der Bemerkung, daß, wenn gleich dem Pfandgläubiger damit die Früchte verpfändet sind, doch diese nicht das eigentliche Pfandobject bilden, sondern dieses ist der Nießbrauch, also eine unkörperliche Sache, aber doch eine Sache, oder ein Vermögensrecht, welches zur Zeit schon existirt. Wer dagegen nur die fructus futuri verpfändet, verpfändet damit weder eine körperliche noch unkörperliche Sache, sondern etwas, was zur Zeit noch nicht existirt, und daher von den Römern res futura genannt wird.

Von wann an dieses Pfandrecht an den fructus futuri anfange, darüber entscheiden unsere Rechtsquellen nicht. Denn daß die häufig hiefür benützte L. 11. §. 3. D. qui pot. (20. 4) gar nicht von dem Anfangspuncte des Pfandrechts spricht, wurde schon oben (§. 5. Nr. 2.) bemerkt. Eben so wenig kann man sich, wie ich dies früher that [20]), auf L. 8. de contr. emt. (18. 1) berufen. Denn die Worte:

Fructus et partus futuri recte emuntur, ut, *cum editus est partus*, jam *tunc*, *cum contractum esset negotium*, venditio facta intelligatur

sagen nichts weiter, als daß der Kaufvertrag über fructus

18) L. 11. §. 2. D. de pignor. (20. 1).
19) Arch. für civ. Prax. Bd. 13. S. 343. sq.
20) Arch. für civ. Prax. Bd. 10. S. 299.

futuri sofort als Kaufvertrag gültig bestehe, aber erst wirksam werde, wenn die Früchte existent geworden. Wenden wir dies auf den Pfandvertrag an, so gewinnen wir kein anderes Resultat, als was bereits in L. 11. §. 3. D. cit. ausgesprochen ist, daß nämlich die fructus futuri sofort gültig verpfändet werden können. Allein damit ist nur die Gültigkeit einer solchen Verpfändung im Allgemeinen ausgesprochen, keineswegs aber gesagt, daß das Pfandrecht sofort die *fructus futuri* belaste, was zudem nicht einmal möglich seyn würde. Wir können vielmehr die L. 8. D. cit. gerade umgekehrt für unsere Theorie benutzen. Denn wie der Kaufvertrag erst wirksam wird, wenn die fructus futuri existent werden, mithin wegfällt, wenn keine Früchte entstehen (denn es liegt darin die Bedingung: *si nascantur*), so muß auch der Pfandvertrag über fructus futuri erst wirksam werden mit dem Entstehen der Früchte. Dann verwandelt sich die Zusicherung auf ein Pfandrecht in ein wirkliches Pfandrecht an den Früchten und das bisher ungewisse Object des Pfandvertrags wird ein gewisses.

Doch wir können dieses Argument auch auf sich beruhen lassen, und zugestehen, daß sich aus unsern Rechtsquellen keine bestimmte Entscheidungsnorm entnehmen lasse. Wir verlieren dadurch nichts, sondern müssen dann die aus ähnlichen Fällen gewonnenen Resultate benützen, um darnach unsere Frage zu entscheiden (§. 16).

§. 8.

2. Von der Verpfändung einer *res aliena* unter der Bedingung: *si debitoris facta fuerit.*

Daß Pfandverträge über eine res aliena unter der angegebenen Bedingung gültig sind, ist aus unseren Rechtsquellen bekannt, und es liegt auch nichts anomales darin. Denn wer eine res aliena unter der Bedingung: si debitoris facta fuerit (L. 16. §. 7. D. de pign.), oder: si in dominium meum pervenit (L. 7. §. 1. D. qui potior) verpfändet, verpfändet damit, wie Donell[21]) bemerkt, nicht sowohl eine res aliena, als vielmehr die seinige, „quia conditio in id tempus confertur, quo *nostra* futura est".

21) De pignorib. c. 6 et 7.

Es wird auch hier etwas verpfändet, was noch nicht im Vermögen des Verpfänders sich befindet, also eine res *futura*, auf den Fall, daß man sie erwerben sollte. Die Bedingung: si in dominium meum pervenit gehört nun aber zu denjenigen, von welchen Africanus in L. 9. §. 3. D. qui potior. (20. 4) sagt: *invito debitore* impleri non possunt, und bei diesen findet, wenn nachmals die Bedingung in Erfüllung geht, kein Retrotrahiren statt (§. 6). In so fern würde das Pfandrecht an der zum Voraus verpfändeten Sache erst mit dem Erwerbe derselben anheben können. Da nun Pfandrechte, welche zu derselben Zeit entstehen, nach L. 16. §. 8. D. de pign. (20. 1) einander beschränken, so würde, wenn der Verpfänder Mehreren nach einander dieselbe Sache unter derselben Bedingung verpfändet hätte, keiner der Pfandgläubiger die Priorität der Zeit für sich haben, sondern ihre Pfandrechte würden in demselben Momente — im Augenblicke des Erwerbs — wirksam werden, und sie in so fern pro rata ihrer Forderungen am erworbenen Pfandobjecte concurriren. Denn der ältere Pfandgläubiger *sub conditione* wird nur unter der Voraussetzung gegen den jüngeren geschützt, daß die conditio eine solche sey, quae invito debitore impleri non possit; und eben so versteht es sich von selbst, daß das, was von dem einen Pfandgläubiger gilt, auch von allen übrigen Pfandgläubigern gelten muß, mithin der Anfangspunct des Pfandrechts des ersten Gläubigers nicht dadurch verändert werden kann, daß zufällig noch jüngere Gläubiger ihm zur Seite stehen.

§. 9.

3. Von der Verpfändung einer *res aliena debita*.

Diese hat viele Aehnlichkeit mit dem zuletzt (§. 8) besprochenen Falle. Gegenstand des Pfandrechts ist auch hier eine Sache, die sich noch nicht im Vermögen des Verpfänders befindet, also eine res *futura*, jedoch eine solche, worauf ihm eine Forderung zusteht, also, daß er diese nur geltend zu machen braucht, um sofort die Sache zu Eigenthum zu erwerben. Die Realisirung des Pfandrechts liegt hier mithin näher und ist jedenfalls sicher, während dort die Erwerbung der Sache und damit die Entstehung

Digitized by Google

des Pfandrechts entfernter liegt, und jedenfalls unsicher ist. Denn selbst dann, wenn Jemand z. B. einen fundus, über dessen Ankauf er gegenwärtig in Unterhandlung steht, zum Voraus verpfändet hat, unter der Bedingung: si dominium ejus adquisiero (§. 8), so kann sich der Kauf doch noch immer zerschlagen, und in so fern das Pfandrecht gar nicht zur Existenz kommen. Hier dagegen braucht der Verpfänder nur sein Forderungsrecht geltend zu machen, oder der Gläubiger die schuldige Sache freiwillig zu tradiren, damit das Pfandrecht sofort wirksam werde.

Ich sagte: wirksam werde. Denn wir müssen auch hier zwischen der Gültigkeit einer solchen Verpfändung im Allgemeinen (und diese unterliegt nach den Gesetzen keinem Zweifel) und zwischen dem Anfangspuncte des Pfandrechts an der Sache unterscheiden. Der letztere kann nur in die Zeit des Erwerbs derselben gesetzt werden. Zwar meint Gesterding, daß die L. 3. §. 1. D. qui potior (20. 4) Zweifel erregen könne. Allein diese Zweifel dürften sich leicht beseitigen lassen. Die Worte sind diese:

> Quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, *priusquam ei possessio traderetur*, id pignori dedit, *post traditam possessionem* idem praedium denuo alii pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit...

Der Fall, den Pomponius hier vorträgt, ist dieser: Titius hatte ex causa mandati einen fundus zu fordern. Diesen verpfändete er vor der Tradition dem A, und nach der Uebergabe dem B. Dann geht das Pfandrecht des A vor. Dieß findet Gesterding unnatürlich, indem er der Meinung ist, daß, weil das Pfandrecht des A nicht sofort mit der Bestellung, sondern mit dem Erwerbe anfangen könne, deßhalb A und B pro rata ihrer Forderungen concurriren müßten, da doch Papinian das Pfandrecht des A vorgehen lasse. Allein diese Schlußfolgerung ist ganz unrichtig. Denn wenn anders, wie dies Gesterding mit Recht annimmt, der A im Augenblicke der Tradition (des Erwerbs) ein Pfandrecht am *fundus* erworben hatte, so mußte ihm das dem B erst nach der Tradition *(post traditam possessionem)* bestellte Pfandrecht, als das der

Digitized by Google

Zeit nach jüngere, nachstehen. Möchte auch die zweite Pfandbestellung nur wenige Minuten nach der Tradition erfolgt seyn, so ist und bleibt doch immer das Pfandrecht des A das ältere, weil es unmittelbar nach der Tradition (im Momente des Erwerbs) entstand. Eben daher ist auch Gesterding's zweite Schlußfolgerung falsch, daß, wenn beiden, dem A und dem B der fundus vor der Tradition zu verschiedenen Zeiten verpfändet worden wäre, alsdann das Pfandrecht des A abermals den Vorzug vor dem des B haben würde. Dies widerlegt sich schon aus dem im §. 8 Bemerkten. Entsteht das Pfandrecht des A an dem fundus erst im Momente des Erwerbs desselben, so kann er keinen Vorzug vor dem des B haben, weil auch dieser in demselben Momente wirksam wird, also beide im Augenblicke der Tradition entstehen.

Dafür, daß das an einer res aliena debita bestellte Pfandrecht erst mit dem Erwerbe derselben anfängt, sprechen insbesondere folgende Gründe: Wer eine Forderung auf eine Sache hat, kann (da auch unkörperliche Sachen zu den möglichen Objecten des Pfandrechts gehören) diese Forderung (das *nomen*) rechtsgültig verpfänden. Nun erlischt zwar mit der Tradition der Sache die Forderung, folglich auch das darauf bestellte Pfandrecht. Allein die Gesetze lassen dafür den Pfandgläubiger die tradirte Sache zu Pfand erwerben, sahen mithin die Verpfändung der Forderung auf eine Sache für eine Verpfändung der Sache selbst, auf den Fall ihres Erwerbs an[22]), und diese Interpretation, sofern sie mit dem Zwecke des Pfandrechts (der Sicherung des Gläubigers) übereinstimmt, kann man ganz natürlich und ungekünstelt nennen. Die Gesetze unterscheiden indeß ausdrücklich das Pfandrecht am *nomen* von dem Pfandrechte an der Sache, welche den Gegenstand des nomen ausmacht. Jenes fängt sofort mit der Pfandbestellung an, weil unkörperliche Sachen (z. B. Forderungen, Servituten, Pfandrechte) als mögliche Objecte des Pfand-

22) L. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7). L. 13. §. 2. D. de pignor. (20. 1). Meine Abhandl. in dem Arch. für die civ. Prax. Bd. 13. S. 361. fg. und den Nachtrag dazu Bd. 15. Heft 1.

rechts den körperlichen Sachen ganz gleichstehen[23]); dieses dagegen fängt nach den Gesetzen[24]) erst mit der Tradition der Sache an.

Offenbar steht nun aber der Verpfändung der Forderung (des nomen) auf eine Sache der Fall ganz gleich, wenn der Verpfänder statt dessen die Sache selbst schlechtweg (pure, simpliciter) verpfändet. Denn obschon er damit eine res *aliena* verpfändet, so bedarf es doch des sonst nöthigen Zusatzes: si in dominium meum pervenit (§. 8) aus dem Grunde nicht, weil er vermöge des ihm zustehenden Forderungsrechts auf sie, wie auf sein Eigenthum, zählen kann. Es ist also der Sache nach gleichviel, ob der Verpfänder die Forderung auf die Sache, oder ob er den Gegenstand der Forderung (die Sache selbst) verpfändet, und eben so gewiß ist, daß, wenn die Gesetze die Verpfändung des nomen so auslegen, als habe der Verpfänder die Sache selbst auf den Fall ihres Erwerbs verpfändet, und wenn sie deßhalb dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht daran vom Augenblicke der Tradition zusprechen, daß alsdann auch bei Verpfändungen der Sache selbst das Pfandrecht erst mit der Tradition anfangen kann.

Es spricht hiefür auch noch folgender Grund: Das an einer res aliena unter der Bedingung: si debitoris facta fuerit ertheilte Pfandrecht fängt nicht früher als mit dem Erwerbe der Sache an (§. 8). Bei der Verpfändung einer res aliena *debita* kann man nun aber die Bedingung: si debitoris facta fuerit sehr wohl, als stillschweigend darin enthalten, subintelligiren und in so fern beide Fälle einander gleichstellen. Denn dem Verpfänder steht ja eine Forderung auf die verpfändete Sache zu, vermöge welcher er auf Tradition derselben dringen kann. Im Uebrigen dagegen, d. h. wenn Jemand schlechtweg eine res aliena verpfändet (§. 1. Nr. 5), kann man dies nicht subintelligiren, vielmehr wird, wie die Gesetze ausdrücklich sagen, eine solche Verpfändung nach der Strenge des Rechts nicht dadurch wirksam, daß der Verpfänder nachmals das Eigen-

23) Meine Abhandl. a. a. O. Bd. 13. S. 343 fg.
24) Anm. 22. citt.

thum der Sache erwirbt. Man mag also die Verpfändung einer res aliena debita nach den Grundsätzen von der Verpfändung eines nomen auf eine Sache beurtheilen, oder sie als stillschweigend bedingte Verpfändung (si debitoris facta fuerit) auffassen, so kann in beiden Fällen, wenn gleich die Verpfändung an sich und im Allgemeinen sofort gültig ist, das Pfandrecht an der Sache doch nicht eher, als mit dem Erwerbe derselben anfangen.

§. 10.

4. Von der Kollectivverpfändung des zukünftigen Vermögens.

Unläugbar bietet diese Frage die mehrsten und Hauptschwierigkeiten dar, daher hat man sich denn vorzugsweise mit ihr schon seit den Glossatoren beschäftigt (§. 4), sehr Vieles ist schon darüber geschrieben, allein bis jetzt noch keine Uebereinstimmung der Ansicht gewonnen. Um so gewissenhafter muß daher die Prüfung der hieher gehörigen Gesetzstellen ausfallen.

Die Hauptstelle ist Ulpian's bekannte L. 7. §. 1. D. quipotiores in pign. (20. 4):

Si tibi *quae habiturus sum*, obligaverim et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenit*, mox dominium ejus adquisiero, putat *Marcellus*, *concurrere utrumque creditorem in pignore*. Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe cum res, ex numis pignoratis emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Ist man nun darin einverstanden, und dieß dürfe wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß *concurrere* das gleiche Zusammentreffen beider Pfandgläubiger in demselben Objecte bezeichnet, im Gegensatze des sonst üblichen: *prior est*, *potior est* u. s. w., so ließe sich diese schlagende Beweisstelle nur dadurch entkräften, daß man (was auch die Gegner thun) voraussetzte, das Generalpfandrecht und das Specialpfand seyen zu derselben Zeit bestellt worden, und in so fern verstehe es sich von selbst, daß Keiner den Andern ausschließe. Geht man dagegen von der Voraussetzung aus, das Generalpfand sey zuerst, und später das

Specialpfand bestellt, so würde Ulpian's Fragment unwiderleglich beweisen, daß das zum Voraus am zukünftigen Vermögen bestellte Pfandrecht nicht mit der Pfandbestellung anfange, sondern erst mit dem Erwerbe. In so fern fällt es mit der Entstehung des am fundus unter der Bedingung: si in dominium meum pervenit (§. 8) bestellten Specialpfandes in denselben Moment, und davon ist dann das gleiche Zusammentreffen beider, des älteren Generalpfandgläubigers und des jüngeren Specialpfandgläubigers die nothwendige Folge.

Ob in dem vorliegenden Falle der Gläubiger nur sein zukünftiges Vermögen verpfändet hatte, wovon Ulpian eigentlich nur spricht, oder das gegenwärtige mit Inbegriff des zukünftigen Vermögens, relevirt in der Sache nichts. Gewiß ist, daß der fundus mit dem verpfändeten Gelde angeschafft worden war, und eben so gewiß, daß baares Geld dem Pfandnexus unterliegt, es mag nun blos das gegenwärtige (quae habeo), oder blos das zukünftige Vermögen (quae habiturus sum) verpfändet seyn (§. 5. Nr. 1.) Auch konnte Ulpian's Entscheidungsgrund: *res non succedit in locum pretii* nicht anders ausfallen, er mochte von dieser oder von jener Voraussetzung ausgehen. Und weßhalb sollte man nicht blos sein zukünftiges Vermögen verpfänden können, was freilich Geserding auffallend findet, da man ja umgekehrt blos sein gegenwärtiges Vermögen verpfänden kann, zumal zu Ulpian's Zeiten, wo unter der Verpfändung des gesammten Vermögens noch nicht stillschweigend die *bona futura* mit begriffen waren, und in so fern dem Schuldner noch immer möglich blieb, einem späteren Gläubiger durch Bewilligung eines Pfandrechts an seinem künftigen Vermögen jura potiora zu ertheilen?

Ulpian läßt beide Pfandgläubiger concurriren, und rechtfertigt dies durch die Schlußworte: non enim multum facit, quod *de suo* numos debitor dederit, quippe cum res, *ex numis pigneratis* empta, non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia *pignerata erat*. Auch auf die richtige Interpretation dieses Entscheidungsgrundes kommt es nun vor allen Dingen an. Gewiß ist, daß der Gemeinschuldner, er mochte nun (was vor der Hand gleichgültig ist) beide

Digitized by Google

Pfandrechte zu derselben oder zu einer verschiedenen Zeit bestellt haben, nach der Pfandbestellung Geld erworben, z. B. ein Darlehen von einem Dritten aufgenommen hatte. Dieses Geld fiel nun nach L. 34. §. 2. D. de pignor. (§. 5. Nr. 1.) unter das Generalpfand, aber auch blos unter dieses, nicht also auch, was kaum der Bemerkung bedarf, unter das Specialpfand. Mit diesem ihm gehörigen, dem ersten Pfandgläubiger verpfändeten Gelde, schaffte sich nun nachmals der Gemeinschuldner einen fundus an (*de suo* numos debitor dedit — *numis pigneratis* emta — quod *pecunia pignerata* erat). Dieser *fundus* fiel natürlich unter das Generalpfand, war aber auch dem zweiten Gläubiger auf den Fall des Erwerbs verpfändet worden. Wenn wir nun auch den Gegnern ihre Voraussetzung zugeben, daß nämlich beider Gläubiger Pfandrecht zu derselben Zeit constituirt worden sey, so folgt doch für ihre Theorie nicht das Entfernteste.

Wie sich nämlich aus Ulpian's Argumentation ergibt, so prätendirte der Generalpfandgläubiger ein Vorzugsrecht am fundus vor dem Specialpfandgläubiger, indem er sich darauf berief, daß er vor dem letzteren und mit Ausschluß desselben ein Pfandrecht am Darlehen erworben habe, und der fundus mit diesem ihm verpfändeten Darlehn angekauft sey. Allein Ulpian schlägt dieses Argument mit den Worten: res non succedit in locum pretii nieder. Mithin kann der Generalpfandgläubiger sein Pfandrecht am *fundus* nicht aus dem früheren (jetzt erloschenen) Pfandrechte am Darlehn, sondern nur daraus ableiten, daß der Schuldner ihm sein zukünftiges Vermögen verpfändet hatte. Und was sagt dies anders, als: das Pfandrecht des Generalpfandgläubigers am fundus fängt erst jetzt, also mit dem Erwerbe des fundus an, und dies ist eben der Grund, weßhalb beide Pfandgläubiger darin concurriren; denn auch die Entstehung des Specialpfandes fällt in denselben Moment (§. 8).

Wir können also den Gegnern immerhin ihre Supposition zugeben, und müssen gleichwohl behaupten, daß das Pfandrecht an zukünftigen Gütern erst mit der Erwerbung der-

Digitized by Google

selben anfange, mithin nicht, wie sie behaupten, mit der Pfandbestellung.

Finge das Pfandrecht wirklich mit der Bestellung an, und wäre beiden Pfandgläubigern, wie die Gegner annehmen, das Pfandrecht zu derselben Zeit ertheilt worden, so hätte Ulpian die obige Argumentation auf andere Weise entkräften müssen. Er hätte dann sagen müssen: Das Pfandrecht des General- und des Specialpfandgläubigers sind beide gleich alt, weil sie sich von der Zeit der Bestellung datiren, und deßhalb kann jener keinen Anspruch auf ein Vorzugsrecht vor diesem machen. Allein statt dessen nimmt Ulpian eine andere, unter jener Voraussetzung kaum erklärbare Wendung, und schon dies läßt vermuthen, daß die in unserer Stelle vorkommende Verpfändung keine gleichzeitige, sondern eine successive war.

Hiefür spricht ausserdem auch noch der Umstand, daß bei allen menschlichen Handlungen das Successive die Regel bildet, und im Zweifel die Präsumtion nicht für die Ausnahme, sondern für die Regel streitet. Hätte der Schuldner die General- und Special-Verpfändung zu derselben Zeit vorgenommen, so würde Ulpian gewiß das Wörtchen: *iisdem temporibus* oder *simul* hinzugefügt haben, wie es sich in andern Gesetzstellen findet, welche von einer gleichzeitigen Verpfändung an Mehrere sprechen. Doch ich will hier nicht das bereits an anderen Orten Bemerkte[25]) wiederholen!

Gehen wir nun von der Voraussetzung der successiven Verpfändung aus, so wird durch unsere Gesetzstelle noch klarer bewiesen, daß beim Pfandrechte an zukünftigen Gütern nicht die Priorität der Pfandbestellung, sondern lediglich der Moment des Erwerbs entscheidet. In vorliegendem Falle hatte nämlich der ältere Generalpfandgläubiger das von ihm prätendirte Vorzugsrecht nicht etwa auf die Priorität der Pfandbestellung gegründet, indem er wohl wissen konnte, daß ihm diese nichts nutzen werde, sondern lediglich darauf, daß er mit Ausschluß des Gegners ein Pfandrecht am Gelde, und deßhalb auch ein ausschließliches Pfandrecht an dem damit erkauften fundus erworben habe; was aber Ulpian

25) Arch. für civ. Prax. Bd. 10. S. 301. fg.

mit vollem Rechte verwirft, und damit sein Pfandrecht erst mit dem Erwerbe des fundus entstehen läßt. Denn wenn es nicht in eine frühere Zeit fällt, so bleibt nur übrig, es in eine spätere Zeit zu setzen, und dies kann nur die Zeit des Erwerbs seyn.

Das Resultat bleibt übrigens unverändert dasselbe, wir mögen von dieser oder von jener Voraussetzung ausgehen. Genug, daß das Pfandrecht des Generalpfandgläubigers sich nicht einmal von der Zeit des empfangenen Darlehens datirt, wie wenn der fundus an die Stelle desselben getreten wäre! Um wie viel weniger kann es daher in eine noch frühere Zeit versetzt werden. Mithin kann es erst im Augenblicke des Erwerbs anfangen und dieß ist um so unzweifelhafter, weil auch das Specialpfand jedenfalls erst mit dem Erwerbe des fundus wirksam wird (§. 8), indem die Bedingung: si in dominium meum pervenit eine reine Potestativ-Bedingung ist, die niemals retrotrahirt wird (§. 6.). Wenn daher Ulpian eine Concurrenz beider Gläubiger annimmt, so muß er auch das Generalpfand, in demselben Momente wirksam werden lassen, wie das Specialpfand, und dies ist der Augenblick des Erwerbes.

§. 11.

Es gibt indeß, wie bekannt, mehrere Gesetzstellen, die scheinbar unserer Theorie, und namentlich der L. 7. §. 1. D. qui potior. (20. 4), von welcher so eben die Rede war, entgegenstehen. Allein so große Schwierigkeiten sie auch gewähren, so lassen sie doch eine einfache, ganz ungezwungene Vereinigung mit unserer Theorie zu. Sie sind zum Theile so ungeheuer commentirt, daß man sie nur zu nennen braucht, um gewiß zu seyn, daß jeder Jurist ihrer eingedenk seyn werde. Diese Stellen sind: 1) Scävola's L. 21. pr. D. qui potior (20. 4), 2) Ulpian's L. 28. D. de jure fisci (49. 14), 3) African's L. 9. §. 3. D. qui potior (20. 4), und endlich 4) L. 6. §. 2. Cod. de secund. nupt. (5. 9). Daß dagegen Justinian's L. ult. Cod. de remiss. pign. (8. 26) gar nicht hieher gehört, weil sie sich auf unsere Streitfrage nicht bezieht, dürfte nach §. 5. Nr. 3. ausser allem Zweifel seyn.

Digitized by Google

Es kann indeß meine Absicht nicht seyn, auf alle die verschiedenen Interpretationen einzugehen, die es über diese Gesetzstellen gibt. Diese muß ich vielmehr als bekannt voraussetzen, und mich daher auf das Nothwendigste beschränken.

§. 12.

Was nun zuerst Scävola's berühmtes Fragment, L. 21. pr. D. qui potior. (20. 4) betrifft, so soll dieses beweisen, daß das am zukünftigen Vermögen bestellte Pfandrecht vom Augenblicke der Pfandbestellung anfange, weil, wenn die Zeit des Erwerbs entscheide, der Fiscus und die Seja in den später erworbenen Gütern des Gemeinschuldners hätten concurriren müssen, während Scävola die Seja mit ihrem älteren Pfandrechte den Fiscus ausschließen lasse. Der hier vorgetragene Fall ist dieser:

Titius hatte der Seja wegen einer Schuldforderung sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen (omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset) verpfändet. Später (postea) nahm er vom Fiscus ein Darlehen auf, und verpfändete demselben *res suas omnes* *). Mit diesem Gelde trug er der Seja einen Theil seiner Schuld ab, und nahm in Ansehung des Restes eine Novation vor, wobei er ausdrücklich die alte Verpfändung auf die neue Obligation bezog (in qua obligatione similiter, *ut supra de pignore* convenit), also mit andern Worten der Seja sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen für diese neue Obligation verpfändete. Nunmehr entstand die Frage: hebt die Novation die der Seja seither zustehende Priorität auf? Dies scheint beim ersten Anblicke bejaht werden zu müssen. Denn durch die Novation war die alte Obligation getilgt, und mit ihr mußte auch das (ältere) Pfandrecht, als accessorium derselben, wegfallen. Mithin würde sich das der Seja wegen des Restes zustehende Pfandrecht vom Augenblicke der Novation datiren und ihr in so fern der Fiscus mit seinem älteren (vor der Novation erworbenen) Pfandrechte vorgehen müssen. Allein dies ist es gerade, was Scävola läugnet, und mit Recht. Denn

*) Aus guten Gründen, von welchen gleich das Nähere, habe ich die Pfandformel nicht ins Deutsche übersetzt.

Digitized by Google

bei der Novation tritt die neue Obligation in die Stelle der alten, und da das alte Pfandrecht ausdrücklich auch auf die neue Obligation bezogen war, so behält die Seja ihre seitherige Priorität vor dem Fiscus [26]). Mithin ist die Sache gerade so anzusehen, als sey keine Novation vorgenommen, und hieraus folgt denn, daß die Seja als fortbestehende ältere Pfandgläubigerin, dem Fiscus theils in Ansehung der schon zur Zeit der ersten Verpfändung vorhandenen, theils nach derselben (vor und nach der Novation, und noch später) erworbenen Güter vorgeht, bis sie daraus ihre vollständige Befriedigung erhalten hat (donec universum suum debitum consequatur). Um es kurz zu sagen, so geht die Seja dem Fiscus in Ansehung aller zur Zeit der ersten Verpfändung vorhandenen, und nach derselben bis zur Zeit der Geltendmachung ihres Pfandrechts erworbenen Güter vor. Dies ist gewiß die richtige Interpretation der etwas schwierigen Schlußworte, welche sehr verschieden ausgelegt werden [27]).

Daß nun die Seja in Ansehung der bona praesentia, d. h. der zur Zeit der ersten Verpfändung vorhanden gewesenen Güter dem Fiscus vorgeht, scheint Allen in der Ordnung, weil sie ein älteres Pfandrecht vor dem Fiscus erworben habe, und die Novation an der bisherigen Rangordnung nichts ändere. Allein wie kann Scävola sagen, daß die Seja dem Fiscus auch in Ansehung der später erworbenen Güter vorgehe, da ja beiden, der Seja und dem Fiscus das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen verpfändet worden war, sie nach L. 7. §. 1. D. qui pot. (20. 4) darauf pro rata ihrer Forderung concurriren mußten? Diese Frage erledigt sich dadurch, daß sie auf einer falschen Voraussetzung gegründet ist, welche gerade

26) L. 3. D. qui potior. (20. 4). *Voet* ad D. Lib. 20. Tit. 4. §. 32. *Negusantius* de pign. §. 7. Memb. 3. Nr. 7. In der L. 3. D. cit. sagt Papinian ausdrücklich: creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta, pignora prioribus addidit, *superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.* Vgl. auch L. 11. §. 1. D. de pign. act. (13. 7).

27) Meine Diss. ex quo temp. etc. S. 173 — 81.

geläugnet werden muß, denn nur der Seja allein waren die bona praesentia et futura verpfändet, dem Fiscus dagegen hatte der Gemeinschuldner nur *res suas omnes* verpfändet, und darunter waren vor Justinian's L. 9. C. quae res pign. (8. 17) nur die bona *praesentia* begriffen, also daß der Fiscus, gegenüber der Seja, kein Pfandrecht daran prätendiren konnte, und in so fern eine Concurrenz beider Gläubiger juridisch unmöglich war. Erst Justinian setzte fest, daß, wer res suas omnes verpfände, damit stillschweigend auch die zukünftigen Güter verpfände. „Si *res suas* debitor supponere dixerit, non adjecto tam *praesentes quam futuras*, jus tamen generalis hypothecae et ad futuras res producatur.“ In dem vorliegenden Falle, welcher demnach aus dem älteren Rechte zu interpretiren ist, hatte nun aber Titius nur der Seja alle seine Güter mit dem Zusatze: *tam praesentes, quam futuras* verpfändet (omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset), dem Fiscus dagegen nur ein Pfandrecht an den res suas omnes bestellt. Zur Bestätigung dieser Ansicht kann man sich auch auf L. 7. D. de auro argento (34. 2) berufen, wo Paulus das Vermächtniß „aurum *suum*,“ „servos *suos*“ nur auf die zur Zeit der Errichtung des Legats vorhanden gewesenen, nicht aber auch die später erworbenen Sclaven u. s. w. bezieht, quia praesens tempus semper intelligitur, si aliud comprehensum esset; nam cum dicit: argentum meum, hac demonstratione *meum* praesens, non futurum tempus ostendit. Vgl. auch L. 23. D. de serv. praed. urb. (8. 2).

Unsere L. 21. D. cit. steht also keineswegs mit Ulpian's L. 7. §. 1. qui pot. (20. 4.) in Widerspruch. Freilich hat man sich auch noch darauf berufen, daß ja dem Fiscus stillschweigend (ex lege) das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen seiner Contrahenten verpfändet sey, wie z. B. schon aus L. 28. D. de jure fisci (49. 14) hervorgehe, mithin, wenn der Fiscus auch aus der vertragsmäßigen Verpfändung keinen Anspruch auf die bona futura des Titius gehabt habe (weil ihm blos die omnes res verpfändet gewesen), er sich doch auf sein Legalpfand hätte berufen können, und in so fern mit der Seja an den

Digitized by Google

später erworbenen Gütern hätte concurriren müssen. Allein es läßt sich kaum begreifen, daß Scävola diesen wichtigen Umstand, welcher die ganze Sachlage verändert haben würde, ganz verschwiegen haben sollte. Auch kann der Beweis nicht geführt werden, daß dem Fiscus schon zu Scävola's Zeiten (und darauf kommt es eben an) ein Legalpfand am gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen seiner Kontrahenten zugestanden habe, wie sich aus §. 14 ergeben wird.

§. 13.

Den mehrsten Streit hat indeß das zuletzt erwähnte Fragment Ulpian's, nämlich die L. 28. D. de jure fisci (49. 14) erregt, welches so bekannt ist, daß es fast überflüssig scheint, die Worte desselben auszuschreiben:

Si qui mihi obligaverat *quae habet habiturusque esset*, cum fisco contraxerit, sciendum est, *in re postea adquisita* fiscum potiorem esse debere, *Papinianum* respondisse: quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus.

Auch auf diese Stelle berufen sich die Gegner, setzen indeß, um zu ihrem Zwecke zu gelangen, voraus, daß der Vorzug des Fiscus rücksichtlich der später erworbenen Güter daher rühre, weil er eine ältere Hypothek gehabt habe. Allein diese Voraussetzung widerstreitet geradezu Ulpian's Worten, weil das Plusquamperfectum: *obligaverat* nach den Regeln der Grammatik nur von dem verstanden werden kann, was vorher geschehen ist. In so fern muß man die Stelle so übersetzen: Wenn jemand nachdem er mir sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet hatte, mit dem Fiscus einen Contract abgeschlossen hat, so geht der Fiscus in Ansehung der nach dem Contracte erworbenen Güter vor.

Gehen wir nun von der Theorie der Gegner aus, daß das Pfandrecht am zukünftigen Vermögen sofort mit der Bestellung anhebt, so kann es offenbar nur auf einer Begünstigung des Fiscus beruhen, wenn er als jüngerer Pfandgläubiger den Vorzug vor dem älteren haben soll. Gehen wir übrigens von unserer Theorie aus, so müßten nach L. 7. §. 1. D. qui potior (20. 4) der ältere Pfand-

Digitized by Google

gläubiger und der Fiscus pro rata ihrer Forderungen in den später erworbenen Gütern concurriren, und in so fern kann es gleichfalls nur auf einer Begünstigung des Fiscus beruhen, wenn er ein Vorzugsrecht haben soll.

Wir mögen also ausgehen, von welcher Theorie wir wollen, so ist und bleibt die L. 28. cit. eine Ausnahme von der Regel. Hiefür sprechen auch noch folgende Gründe:

Schon Negusantius[28]) hat aus andern Stellen, die jetzt auch Gesterding benutzt hat, nachgewiesen, daß der Fiscus, wenn er aus einem Contracte etwas zu fordern hat, mit seinem generellen Legalpfande den älteren Pfandgläubiger des Gemeinschuldners nach der Regel: prior tempore, potior jure nachsteht. In so fern geht also der ältere Generalpfandgläubiger dem Fiscus in Ansehung derjenigen Güter vor, welche sich im Vermögen des Gemeinschuldners bis zur Zeit der Contrahirung mit dem Fiscus vorfanden. Erwirbt nun der Gemeinschuldner nachmals neues Vermögen, so würden nach Ulpian's Entscheidung in L. 7. §. 1. D. qui potior (20. 4) der ältere und jüngere Pfandgläubiger darin pro rata ihrer Forderungen concurriren müssen. Wenn also derselbe Ulpian in L. 28. D. cit. dem Fiscus ein Vorzugsrecht vor dem älteren Gläubiger einräumt, so muß dieß als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden. Mithin beweist die L. 28. cit. nach dem Satze: exceptio firmat regulam contrariam gerade umgekehrt für unsere Theorie, daß nämlich in der Regel die mehreren Pfandgläubiger in den später erworbenen Gütern concurriren, weil das Pfandrecht daran erst im Augenblicke des Erwerbs entsteht. Sehr treffend bemerkt daher der von Gesterding allegirte P. v. Buysen, daß das Vorzugsrecht des Fiscus nicht sowohl darauf beruhe, quia *hypothecario privilegio* gaudet, sed quia *in pari causa fisci conditio potior est;* alias hypothecam habentibus non praefertur. Eine ähnliche Aeußerung findet sich auch schon bei Negusantius[29]). Allein den eigentlichen Punct, daß

28) De pign. P. 5. Memb. 5. Nr. 11. Vgl. meine Diss. cit. p. 183. Gesterding 2. Aufl. §. 35.

29) De pign. P. 5. Memb. 2. Nr. 42. Vgl. meine Diss. cit. p. 184. u. f.

nämlich das Vorzugsrecht des Fiscus auf einer fingirten Priorität der Zeit beruht, scheinen mir beide übersehen zu haben.

Endlich spricht für das Daseyn einer Ausnahme von der Regel noch der singuläre Entscheidungsgrund Ulpian's: *praevenit enim causam pignoris fiscus*, und das Berufen auf eine kaiserliche Konstitution (quod et constitutum est), dessen es kaum bedurft hätte, wenn die Frage aus allgemein rechtlichen Gründen zu entscheiden gewesen wäre.

Die richtige Interpretation dieser so sehr verschieden ausgelegten Worte: *praevenit enim etc.* ist nun aber kein geringer Stützpunct für unsere seither vertheidigte Theorie, und dieser Beweis dürfte nicht schwer zu führen seyn.

Gewiß ist, daß Ulpian das Vorzugsrecht des Fiscus auf einen Rechtssatz gründet, und daher kann man nicht wohl mit Gesterding sagen, es reducire sich das ganze Raisonnement am Ende darauf: der Fiscus geht vor, weil er der Fiscus ist. Darin dachten die römischen Juristen feiner, als Gesterding, und so sucht auch Ulpian das Vorzugsrecht des Fiscus juridisch zu begründen. Gehen wir nun davon aus, daß die etwas dunkeln Worte: praevenit enim causam pignoris fiscus aus dem römischen Sprachgebrauche erklärt werden müssen, so ist es für uns nach Montesquieu's Satze: il faut expliquer les lois par les lois von großer Bedeutung, daß sich in der L. 2. Cod. de priv. fisci (7. 73) eine ganz ähnliche Wendung findet, die dort ihrem ganzen Zusammenhange nach nur Einen Sinn zuläßt, und daher auch hier uns auf den richtigen Weg leiten dürfte. Es heißt nämlich dort: *jus fisci causam tuam praevenit.* Da nun in der L. 2. C. cit. ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß das Pfandrecht des Fiscus das der Zeit nach ältere sey, so können die Worte: jus fisci etc. nur den Sinn haben: Das Pfandrecht des Fiscus kommt dir zuvor, weil er vor dir ein Pfandrecht am Vermögen des Gemeinschuldners erworben hat. Hiernach können auch Ulpian's Worte praevenit enim etc. nur den Sinn haben: der Fiscus kommt bei der Erwerbung der zukünftigen Güter dem älteren Pfandgläubiger zuvor, d. h. er erwirbt vermöge einer juridischen Fiction ein früheres

Digitized by Google

Pfand daran. Mithin ist er *ratione temporis* als fictus prior creditor anzusehen, und wenn er anders um einige Stunden oder Minuten dem älteren Pfandgläubiger zuvorkommt (das Prävenire spielt, praevenit), so wird dadurch die sonst unvermeidliche Concurrenz ausgeschlossen, weil dann das Pfandrecht des älteren Pfandgläubigers um einige Stunden oder Minuten später entsteht. In der That ist es gleichviel, ob man mit der L. 2. Cod. cit. sagt: praevenit jus fisci causam tuam vermöge einer wirklichen Priorität der Zeit, oder mit Ulpian: praevenit causam pignoris fiscus vermöge einer blos fingirten Priorität der Zeit. Einen Unterschied zwischen causam tuam und causam pignoris kann ich wenigstens nicht finden, und da nach römischem Sprachgebrauche praevenire ein Zuvorkommen in der Zeit rücksichtlich des Erwerbs bezeichnet, ein wirkliches praevenire aber in Ulpian's Fall nicht möglich ist, weil das Generalpfandrecht des Fiscus jünger war, so kann das praevenire hier nur ein fingirtes Zuvorkommen seyn, womit denn, wie überhaupt durch Fictionen, sich nothdürftig juridisch das Vorzugsrecht des Fiscus rechtfertigen läßt.

Gründet sich das Vorzugsrecht des Fiscus auf einer blosen fingirten Priorität der Zeit, so ergibt sich daraus der wichtige Folgesatz, daß der Fiscus dem älteren (um so mehr auch dem jüngeren) Pfandgläubiger in re post adquisita nur dann vorgeht, wenn beide *in pari causa* sich befinden, d. h. nach der Strenge des Rechts pro rata ihrer Forderungen in den später erworbenen Gütern hätten concurriren müssen. Würde mithin der ältere Pfandgläubiger, außer der Priorität der Zeit, ein Privilegium für sich haben, so müßte ihm der Fiscus an den später erworbenen Gütern nachstehen, weil ein privilegirtes Pfandrecht über dem simplen steht, und der Fiscus auch dann, wenn er der ältere Pfandgläubiger ist, dem privilegirten jüngeren Pfandgläubiger weichen muß[30]). Dieß hat schon Negusantius[31]) mit Recht bemerkt, während man h. z. T. das auf einer

30) L. 21. §. 1. D. qui pot. (20. 4).

31) In der Anm. 29. angeführten Stelle, und dazu meine Diss. L. c. S. 184, 185.

blos fingirten Priorität der Zeit gegründete Vorzugsrecht des Fiscus für ein an sich privilegirtes Pfandrecht ansieht, was es in der That nicht ist. So sagt auch der schon angeführte P. v. Buysen: fiscus non *hypothecario privilegio* gaudet, sed in *pari causa* fisci conditio potior est, und damit stimmt, wie es scheint, jetzt auch Gesterding überein.

Eine müssige Frage scheint dabei zu seyn, von wann an das Pfandrecht des Fiscus eigentlich zu datiren sey? Ob nämlich vom Augenblicke des Eigenthumserwerbs durch den Gemeinschuldner, oder ob jene Fiction gar so weit gehe, das fiscalische Pfandrecht schon vor dem Eigenthumserwerbe entstehen zu lassen? Denn man mag von dieser, oder von jener Ansicht ausgehen, so bleibt die fingirte Priorität der Zeit immer dieselbe; und wenn einmal die Gesetze von Fictionen ausgehen, so hält es schwer zu sagen, was das Natürlichere sey, da es auf dem Gebiete der Fictionen keine eigentlichen Grenzen gibt. Indeß dürfte jene Frage für unsere Lehre wohl nicht so müssig seyn, als sie beim ersten Anblicke zu seyn scheint.

Manche haben sich für die letztere Ansicht erklärt, z. B. Hennemann, und zwar wegen L. 2. D. de reb. eorum (27. 9), lassen mithin den Gemeinschuldner die Sache mit dem darauf lastenden Pfandrechte des Fiscus erwerben; was natürlich gleichfalls nur vermöge einer — aber etwas weiter gehenden — Fiction möglich ist. Allein ich kann diese Ansicht nicht für die richtige halten. Denn die L. 2. D. cit. spricht von dem besondern Falle, da der Fiscus sich bei'm Verkaufe einer Sache an einen Minderjährigen ein Pfandrecht an derselben reservirt hatte. Nach allgemeinen Rechtsprincipien kann nämlich das in re vendenda vel vendita bestellte Pfandrecht nicht früher als im Augenblicke des Eigenthumserwerbs (der Tradition) entstehen, wie Ulpian L. 1. §. 4. D. eod. zwar ohne Angabe eines Grundes bemerkt, allein ohne Zweifel deshalb, weil Niemand ein Pfandrecht in re *propria* haben kann; und diese Strenge des Rechts tritt auch bei Privatverkäufern ein, die sich ein Pfandrecht an der verkauften Sache vor der Tradition reservirt haben. Hieraus folgt, daß, wenn der Käufer ein Minderjähriger, unter Tutel oder Kuratel ist, das reservirte

Pfandrecht des Verkäufers gar nicht zur Existenz kommen kann. Denn die Verpfändung ist eine Alienation, und hiezu bedarf es bei Minderjährigen eines *decreti de alienando*, wie schon die Titel-Rubrik unserer Stelle: de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis zeigt [32]). In der unmittelbar sich daran anschließenden L. 2. D. eod. wirft Paulus zwar den Zweifelsgrund auf, ob man nicht vielleicht sagen könne, die Sache sey *cum onere pignoris* auf den minderjährigen Käufer übergegangen, weil die Verpfändung sofort d. h. im Augenblicke ihrer Bestellung die Sache belastet habe? Allein dieses Argument läßt Paulus ausnahmsweise nur bei dem Fiscus gelten. Mithin erwirbt der Fiscus ein wirkliches Pfandrecht *in re propria*, oder mit andern Worten, sein Pfandrecht fängt nicht erst mit dem Eigenthumserwerbe, sondern vorher, also mit der Bestellung an. Da nun solchergestalt der minderjährige Käufer vom Fiscus ein belastetes Grundstück erwirbt, so fällt damit die Schwierigkeit des *decreti de alienando* weg. Ich glaube aber nicht, daß man daraus den allgemeinen Satz ableiten kann, daß das in re propria reservirte Pfandrecht des Fiscus in allen Fällen mit der Bestellung anfange. Vielmehr spricht Paulus speciell nur von der Veräusserung des Fiscus an einen Minderjährigen *sub cura*, wobei es nur darauf abgesehen war, das Pfandrecht des Fiscus aufrecht zu erhalten. Dies geht ganz unläugbar aus den Worten: *salvum sit*, und aus der Vergleichung mit L. 1. §. 4. cit. endlich auch aus den Schlußworten des Paulus hervor, wonach der Privatverkäufer zur Bestätigung seines ungültigen Pfandrechts eines kaiserlichen Reskripts bedarf. Jene Voraussetzungen passen aber auf alle übrigen Fälle, wo es

32) Die Worte der L. 1. §. 4. D. cit. sind diese: Si minor 25 annis emit praedia, ut, *quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori*, non puto pignus valere. Nam *ubi dominium quaesitum est minori*, coepit non posse ob ligari. Ulpian setzt also den Anfangspunct des Pfandrechts in die Zeit des Erwerbs der Sache (ubi dominium quaesitum est minori), bemerkt aber, daß es dann gar nicht zur Existenz kommen könne.

sich nicht um die Gültigkeit, sondern um ein Vorzugsrecht des fiscalischen Pfandrechts vor älteren Gläubigern handelt, offenbar nicht.

Gewiß ist jedenfalls, daß der Fiscus sich nach Paulus bei'm Verkaufe an einen Minderjährigen ein sofort wirksames Pfandrecht in re propria bestellen kann. Dagegen ist in Ulpian's L. 28. D. de jure fisci weder von einem Minderjährigen, noch von einer reservirten Hypothek die Rede, sondern es heißt allgemein: cum fisco contraxerit, und daher kann man die von allen Contrahenten mit dem Fiscus redende Stelle Ulpian's nicht auf den speciellen Fall des Paulus beziehen. Ausserdem spricht dieser nur von der Gültigkeit, jener dagegen von einem Vorzugsrechte des fiscalischen Pfandes vor älteren Pfandgläubigern; und während sich jener auf den Rechtssatz: *praevenit causam pignoris fiscus* beruft, stützt sich dieser dagegen auf das: *res transit cum pignore fisci*. Unter diesen Umständen ist es wohl am natürlichsten, das Pfandrecht des Fiscus *in re post adquisita* erst im Augenblicke des Eigenthumserwerbs entstehen zu lassen, wobei derselbe dem älteren Pfandgläubiger um einige Minuten oder Stunden zuvorkommt (praevenit), und vermöge dieser Prävention ein früheres Pfandrecht erwirbt. Diese Erklärung dient dann abermals zur Bestätigung unserer Theorie, daß das Pfandrecht an zukünftigen Gütern erst im Augenblicke des Erwerbs entsteht, wobei jedoch der Fiscus ausnahmsweise begünstigt ist.

§. 14.

Es fragt sich indeß, ob damit nicht das im §. 12 erklärte, so sehr bestrittene Fragment Scävola's, L. 21. pr. D. qui pot. (20. 4), in Widerspruch stehe? Wäre gewiß, daß schon zu Scävola's Zeiten dem Fiscus ein Legalpfand an dem gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen seiner Contrahenten zustand, so hätte ihm Scävola ein Vorzugsrecht vor der älteren Pfandgläubigerin (der Seja) einräumen müssen, weil der Fiscus nach Ulpian's Zeugniß (L. 28. D. cit.) vermöge einer fingirten Priorität der Zeit die später erworbenen Güter um einige Minuten früher als der concurrirende Mitgläubiger erwirbt. Allein gerade der Umstand, daß Scävola umgekehrt der älteren

Digitized by Google

Pfandgläubigerin den Vorzug vor dem Fiscus gibt, beweist zur Genüge, daß dem letzteren damals noch kein solches Legalpfand zugestanden haben konnte. Titius hatte dem Fiscus nur res suas omnes, der Seja dagegen schon früher seine bona praesentia *et futura* verpfändet. Beurtheilt man nun die Rangordnung zwischen beiden nach dem Pfandvertrage, so konnte der Fiscus die später erworbenen Güter nicht in Anspruch nehmen, weil sie unter der Formel: res suas omnes nicht begriffen waren (§. 12). Will man aber auch supponiren, daß dem Fiscus schon zu Scävola's Zeiten ein Legalpfand an dem gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen seiner Contrahenten zustand, so läßt sich diese Vermuthung (denn mehr ist sie auf keinen Fall) durch die Gegenvermuthung entkräften, daß das stillschweigende Pfandrecht des Fiscus sich damals in Praxi noch nicht auf unzweifelhafte Weise fixirt haben konnte. Denn nur unter dieser Voraussetzung wird begreiflich, wie der Fiscus sich ein vertragsmäßiges Pfandrecht am Vermögen des Titius bestellen konnte, dessen es ja bei einem unbestreitbaren Legalpfande nicht bedurft hätte. Denn daß der Fiscus sein Vorrecht nicht gekannt haben sollte, dürfte schwerlich zu vermuthen seyn! War nun aber das fiscalische Legalpfand noch nicht auffer Zweifel, so mußte abermals die Rangordnung der Gläubiger durch den Pfandvertrag bestimmt werden, weil der Fiscus mit Sicherheit kein im Hintergrunde liegendes Legalpfand an dem zukünftigen Vermögen des Titius geltend machen konnte. Zu Ulpian's Zeiten war dagegen durch eine kaiserliche Constitution (constitutum est) aller Zweifel gehoben, ja dem Fiscus stand damals selbst ein Vorzugsrecht zu.

Höchst wahrscheinlich ist auf allen Fall, daß das pignus tacitum des Fiscus, gleich den mehrsten Vor-Justinianischen Legalpfändern, auf einer Rechtsgewohnheit beruhte, und später durch eine kaiserliche Constitution auffer allen Zweifel gesetzt wurde. Denn die L. 2. Cod. in quib. caus. pign. (8. 15) führte dasselbe nicht sowohl ein, sondern bestätigte es nur als etwas Unzweifelhaftes (certum est. etc.).

Wenn endlich auch gewiß wäre, was aber nicht zugestan-

Digitized by Google

den werden kann, daß Scävola's und Ulpian's Fragmente in einem unauflöslichen Widerspruche mit einander ständen, so würde doch daraus für die Theorie der Gegner nichts folgen. Vielmehr dürften wir dann weder dieses noch jenes Fragment in die Wagschale legen, sondern müßten unsere Frage aus anderen Gesetzstellen zu erledigen suchen, und dabei bleibt die L. 7. §. 1. D. qui pot. (20. 4) immer entscheidend.

§. 15.

Zur Widerlegung unserer Theorie beruft man sich ferner auf African's berühmtes Fragment, L. 9. §. 3. D. qui pot. (20. 4). Dieser läßt nämlich das Mehreren nach einander *in re aliena* bestellte Pfandrecht zwar nicht mit der Bestellung, sondern erst mit dem Erwerbe anfangen, so jedoch, daß der ältere Pfandgläubiger den Vorzug vor dem jüngeren haben soll. Allein jedenfalls ist diese Entscheidung für unsere Gegner eine höchst schwache Stütze. Denn sie müssen darnach selbst anerkennen, daß das Pfandrecht in re aliena erst mit dem Erwerbe anfängt, da sie doch das Pfandrecht an zukünftigen Gütern schon mit der Bestellung anheben lassen wollen. Die Hauptsache aber ist, daß man sich auf African's Entscheidung nicht einmal analogisch für unsere Streitfrage berufen kann. Denn African redet von der Verpfändung einer res aliena schlechtweg, d. h. ohne die hinzugefügte Bedingung: si in dominium meum pervenit (§. 5. Nr. 1), und diese ist nach den Gesetzen ungültig. Wenn indeß der Verpfänder nachmals das Eigenthum erwirbt, und der Gläubiger *in bona fide* sich befand, so soll die Verpfändung aus Gründen der aequitas aufrecht erhalten werden, und in so fern erhält der Pfandgläubiger eine actio hypothecaria *utilis*. Diese fällt jedoch weg, wenn er in *mala fide* war, indem ihm die Gesetze dann nur ein Retentionsrecht geben, nach dem Grundsatze: in pari turpi causa melior est *possidentis* conditio[33]). Wie kann man nun aber sich auf diese Entschuldigungen berufen, um die Streitfrage über den Anfangs-

33) L. 1. pr. D. de pignor. (20. 1), L. 41 D. de pignor. act. (13. 7), L. 9. §. 3 D. cit.

punct des am zukünftigen Vermögen bestellten Pfandrechts zu schlichten? Die Verpfändung der bona futura ist ja nach den Gesetzen eine gültige Verpfändung, wobei weder von der *aequitas*, noch von einer *utilis* actio hypothecaria, noch von einem *bonae* und *malae* fidei creditor die Rede seyn kann! Dazu kommt das Auffallende in African's Entscheidung, welches man von jeher anerkannt hat. Denn wird das in re aliena bestellte Pfandrecht erst im Augenblicke des Erwerbs gültig, da es vorher ungültig war, so erfordert es die Consequenz, die mehreren Pfandrechte in demselben Momente entstehen zu lassen, nicht aber, wie dies African thut, die Entstehung des Pfandrechts des zweiten Gläubigers von der Befriedigung des Ersten abhängig zu machen, und dies auch nur unter der Voraussetzung, daß die verpfändete Sache sich zur Zeit der Befriedigung des ersten Gläubigers im Vermögen des Verpfänders befand. Dazu kommt endlich, daß aus den Gesetzstellen, welche von der Verpfändung einer res aliena sprechen, nicht einmal ersichtlich ist, ob denn wirklich eine res *futura* Gegenstand des Pfandvertrags war, oder ob der Verpfänder nicht vielmehr eine in seinem Besitze befindliche fremde Sache verpfändet hatte, die er nachmals zu Eigenthum erwarb. In diesem Falle würde er keine res *futura* (wie im §. 1. Nr. 3), sondern eine gegenwärtige Sache ungültig verpfändet haben.

§. 16.

Schwierigkeiten macht endlich noch die L. 6. §. 2. Cod. de sec. nupt. (5. 9), welche Gesterding[34]) für so unverständig und zweifelhaft erklärt, daß sie im Grunde gar nicht in Betracht kommen könne, höchstens aber erweise, daß bei Legalpfändern, abweichend von den Conventionalpfändern, das Pfandrecht an rebus futuris zu derselben Zeit, wie an bonis praesentibus entstehe, d. h. mit der Bestellung anfange. Allein dann stände es in der That schlimm mit unserer Theorie, indem bei den Legalpfändern das Gesetz ja nur die Stelle der Convention vertritt, und in so fern der Schluß von den Legalpfändern auf die Con-

34) Vom Pfandrechte S. 255 — 7. 2. Aufl.

ventionellen sehr natürlich seyn würde. Die Worte der Kaiser Leo und Anthemius sind diese:

Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam *quae habet habiturave est*, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis, *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint*, liberis obligatis; ut si quis post traditas matri, vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem muliere inierit, *in vindicandis iisdem suppositis rebus* posteriores habeantur, liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque qui ex iisdem liberis geniti sunt, *sine dubio praeponendis*.

Bekanntlich verliert der conjux binubus, unter Vorbehalt des Nutznießungsrechts, an die Kinder erster Ehe die Priorität alles dessen, was er von dem verstorbenen Ehegatten erhielt, und zur Sicherung dieser Güter (bona paterna, resp. materna) sollen den Kindern erster Ehe, eben diese Güter und dazu das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Mutter, resp. des Vaters, verpfändet seyn. Was nun aber

1) die bona paterna, resp. materna betrifft, so ist zwar auffallend, daß den Kindern eben die Güter verpfändet seyn sollen, die ihnen der Proprietät nach, mithin eigenthümlich angehören. Allein es ist dies bekanntlich nicht das einzige Beispiel der Art, indem die Kaiser gewisse Personen, die ihnen eines besonderen Schutzes bedürftig schienen (nämlich die Ehefrau, die Kinder erster Ehe, und Pupillen) unter gewissen Voraussetzungen durch Ertheilung eines Legalpfandes in *re propria* begünstigten, wahrscheinlich deßhalb, weil die actio hypothecaria leichter durchgesetzt werden kann, als die durch ihren Beweis so sehr erschwerte rei vindicatio. Fragt man nun nach dem Anfangspuncte dieses Pfandrechts an den bonis maternis, resp. paternis, so kann dasselbe nach angenommenen rechtlichen Principien erst *ex die matrimonii* (secundarum nuptiarum) anfangen, weil den Kindern erst von da an die Priorität zu-

Digitized by Google

fällt. Allein da die Kaiser den Kindern erster Ehe die Priorität an diesen Gütern rückwärts gerechnet vom Augenblicke des Erwerbs geben, mithin die dem überlebenden Ehegatten, welcher zur zweiten Ehe schreitet, zugefallenen Güter, ein sogenanntes dominium revocabile *ex tunc* sind: so muß auch das den Kindern zur Sicherung ihres Rechts an den bonis maternis, resp. paternis zustehende Pfandrecht rückwärts gerechnet mit dem Augenblicke des Erwerbs anfangen. Dies sagen die Worte: *ex eo die, quo eaedem res ad eum pervenerint.* Da nun Schenkungen unter Ehegatten im Allgemeinen erst durch den Tod des Schenkers gültig werden, so würde die Priorität der Zeit und damit das Pfandrecht der Kinder erster Ehe mit dem Todestage ihres Vaters oder ihrer Mutter anfangen. In so fern findet hier also wirklich eine Rückdatirung des Pfandrechts statt, die aber unserer Theorie nicht im Wege steht, weil es sich hier nicht um bona futura handelt. Auch ist sie der Consequenz gemäß, weil, wenn einmal das Recht der Kinder auf die Proprietät in eine frühere Zeit versetzt wird, das Legalpfand sich nach der Entstehung des Hauptrechts richten muß [35]). Was nun

2) das übrige, gegenwärtige und zukünftige Vermögen des conjux binubus betrifft, welches ausserdem noch den Kindern erster Ehe verpfändet seyn soll, so läßt sich der Anfangspunct dieses Pfandrechts aus unserer schlecht abgefaßten Constitution kaum mit Sicherheit ausmitteln. Der ganze Zusammenhang ist indeß dafür, daß die Worte: *ex eo die, quo eaedem res ad eum pervenerint* sich nur auf die bona *paterna* beziehen. Wollte man sie auch auf das übrige Vermögen der conjux binuba beziehen, so käme die monströse Idee heraus, daß den Kindern erster Ehe das gesammte Vermögen ihrer zur zweiten Ehe schreitenden Mutter vom Augenblicke des Erwerbs verpfändet sey! Allein wenn man erwägte, daß zuerst von den bonis praesentibus et futuris die Rede ist, mit dem Zusatze: tanquam si jure hypothecae suppositae sint, sodann (super eadem etc.) von der donatio propter nuptias und den übrigen

35) Arch. für civ. Prax. Bd. 10. S. 271.

bonis paternis mit dem Zusatze: ex eo die etc., und daß auch die Schlußworte: ut si quis .... praeponendis sich darauf beziehen: so dürfte man sich wohl davon überzeugen, daß die Kaiser nur bei den bonis paternis für nöthig hielten, den Anfangspunct des Pfandrechts ausdrücklich zu bestimmen, weil sie hier wirklich eine Rückdatirung vornahmen. Diesem nach würde also das Pfandrecht der Kinder an dem übrigen Vermögen der Mutter erst *ex die secundarum nuptiarum* anfangen können. Allein auf der andern Seite scheint dieß doch bedenklich. Denn wenn einmal das Recht der Kinder in eine frühere Zeit versetzt wird, und das Legalpfand sich nach der Entstehung des Hauptrechts richtet, was Niemand läugnen wird, so erfordert es auch die Consequenz, das Pfandrecht der Kinder an dem gesammten Vermögen der Mutter (mit Einschluß der bona paterna, die ja auch des Nießbrauchs wegen zu ihrem Vermögen gehören) von demselben Momente zu datiren, mithin den Anfangspunct desselben auf den Todestag ihres Vaters zu setzen. Denn bis dahin erhalten die Kinder rückwärts gerechnet die Priorität. Doch läßt sich dieß z. B. von der donatio propter nuptias nicht unbedingt behaupten, indem diese unter Umständen der Frau schon vor dem Tode ihres Mannes anheimfallen kann. Wir können selbst dieses, ohne Nachtheil unserer Theorie, zugeben, weil sich diese Rückdatirung des Pfandrechts der Kinder erster Ehe jedenfalls nur auf die bona *praesentia* der Mutter beziehen, d. h. auf diejenigen, welche sich zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe in ihrem Vermögen befanden. Erwirbt sie nachmals neues Vermögen, so ist dieses freilich den Kindern von Rechtswegen auch mit verpfändet. Allein eine Rückdatirung auch hier vorzunehmen, verbietet schon die gesunde Vernunft. Denn da sich diese Güter am Todestage des ersten Mannes noch nicht in ihrem Vermögen befanden, so wird dadurch eine Rückdatirung bis auf diesen Zeitpunct juridisch unmöglich gemacht. Es bleibt daher nichts übrig, als das Pfandrecht der Kinder an den später erworbenen Gütern vom Augenblicke des Erwerbs zu datiren.

Digitized by Google

§. 17.

Ziehen wir nun aus unsern Untersuchungen das Resultat, so läßt sich dieses mit wenigen Worten dahin angeben: Der Anfangspunct des an zukünftigen Früchten bestellten Pfandrechts ist von den Gesetzen nicht bestimmt (§. 7). Dagegen ist gewiß, daß das an einer res futura (aliena) unter der Bedingung: *si in dominium debitoris pervenit* bestellte Pfandrecht erst mit dem Erwerbe entsteht (§. 8). Dasselbe muß aus inneren Gründen von der Verpfändung einer res aliena *debita* behauptet werden (§. 9). Desgleichen entsteht das am zukünftigen Vermögen bestellte Pfandrecht erst in dem Augenblicke des Erwerbs (§. 10), indem die dagegen geltend gemachten Gesetzstellen zum Theil unbeweisend sind, zum Theil, sofern sie eine offenbare Ausnahme enthalten, umgekehrt die entgegenstehende Regel bestätigen (§. 11 — 15).

Alle diese vier Fälle stehen einander aus inneren Gründen gleich, und daher muß auch der erste Fall, über welchen die Gesetze nicht entscheiden, nach demselben Principe beurtheilt werden. Dieß ist um so unläugbarer, weil, wer seine bona *futura* verpfändet, damit auch die etwanigen *fructus futuri* verpfändet, und in sofern was von jenen gilt, auch von diesen behauptet werden muß. Nicht minder stellt Papinian die Verpfändung des zukünftigen Vermögens in Eine Kategorie mit der Verpfändung von res alienae, weil man im Grunde etwas verpfändet, was zur Zeit der Verpfändung sich in fremdem Vermögen befindet. Endlich stimmen auch alle Fälle darin überein, daß man zum Voraus etwas verpfändet, was man früher oder später — mehr oder minder bestimmt — zu erwerben hofft. Letzteres kann aber von der Verpfändung einer res aliena schlechtweg (§. 1. Nr. 5) nicht behauptet werden, und auch aus andern Gründen (§. 15) müssen wir diesen Fall von den übrigen absondern, ohne dadurch in Widerspruch mit unserer Theorie zu gerathen. Gesterding hat daher nach meiner Ueberzeugung Unrecht, wenn er die Verpfändung einer res aliena *debita* in Ansehung ihrer Wirkungen in Eine Kategorie mit der Verpfändung der res aliena schlechtweg bringt.

Digitized by Google

§. 18.

5. Von der Verpfändung einer *res aliena* schlechtweg.

Es kann meine Absicht nicht seyn, auf die verschiedenen Theorien einzugehen, die über African's bekannte Entscheidung in L. 9. §. 3. D. qui potiores (20. 4) aufgestellt sind. Genug, daß seine Entscheidung, sie mag natürlich oder unnatürlich seyn, sich nicht wegdemonstriren läßt, noch mit einer andern Pandecten- oder Codexstelle in Widerspruch steht. Denn wenn gleich in unseren Rechtsquellen vielfach von der Verpfändung einer res aliena schlechtweg die Rede ist, so entscheidet doch nur African über den Fall, da mehreren nach einander dieselbe res aliena verpfändet wurde. Alsdann sollen die Pfandrechte nicht wie es am natürlichsten scheint, zu derselben Zeit, sondern nach einander convalesciren, und zwar auf folgende Weise: Das zuerst bestellte Pfandrecht convalescirt im Augenblicke des Erwerbs der res aliena, das zweite dagegen erst nach der Befriedigung des ersten Gläubigers, und zwar auch nur unter der Voraussetzung, daß der Verpfänder um diese Zeit noch Eigenthümer der verpfändeten Sache war. Hatte er daher in der Zwischenzeit zwischen dem Erwerbe und der Befriedigung des ersten Gläubigers die Sache an einen Dritten veräussert, so kommt das Pfandrecht des zweiten Gläubigers gar nicht zur Existenz. Dieß geht so klar wie möglich aus den Worten: tunc enim, *priore demisso*, sequentis confirmatur pignus, cum res *in bonis mulieris* fuerit, hervor, und wird durch die Zusatzworte: Si *Titio* soluta sit pecunia etc. auf's Unzweideutigste bestätigt. Jene sagen, daß das Pfandrecht des zweiten Pfandgläubigers nur unter der zweifachen Voraussetzung convalescirt, daß der erste Gläubiger befriedigt, und daß zur Zeit der Befriedigung das Grundstück in bonis mulieris sey; und durch die letzteren Worte spricht African aus, es genüge noch nicht, daß der erste Pfandgläubiger befriedigt sey, um das Pfandrecht des zweiten zur Existenz zu bringen, sondern es müsse dazu noch das in bonis mulieris esse hinzukommen.

An Versuchen, African's Entscheidung zu rechtfertigen,

fehlt es bekanntlich nicht. So z. B. will sie Müller[36]), dem jetzt auch Löhr[37]) beistimmt, historisch erklären, obschon sich manche Zweifel dagegen erheben lassen[38]). Gesterding[39]) setzt gar den Entscheidungsgrund darin, daß bei allen Verpfändungen der spätere Gläubiger nur ein Hoffnungsrecht (eine spes pignoris) erwerbe; gegen welche — gewiß monströse — Idee ich mich schon an einem anderen Orte ausführlich erklärt habe[40]).

Mag aber auch der Entscheidungsgrund African's seyn, welcher er wolle, natürlich oder übersubtil, so kann auf allen Fall, was er über den Anfangspunct eines an einer res aliena schlechtweg — mithin an sich ungültigen — Pfandrechts bestimmt, keine Anwendung auf die übrigen Fälle leiden, wo Jemand auf rechtsgültige Weise res futuras verpfändet.

Beitrag zur Beantwortung der Frage: Wozu dient dem bevorzugten Pfandgläubiger das jus offerendi?

Von Hofgerichtsadvokat Bopp in Darmstadt.

§. 1.

Es war bisher herrschende Theorie, daß dem bevorzugten Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den nachstehenden gegeben sey. Denn dieser Ansicht ist, einigen Rechtslehrern gegenüber, welche dieses Recht bestreiten[1]), Cu-

36) Im Arch. für civ. Praxis. Bd. 11. Heft 3.
37) Ebendaselbst Band 14. S. 169.
38) Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. Bd. 5. S. 368, 69. Meine Rez. in der Allg. Litt. Zeitung 1832. April. S. 499 bis 501.
39) Pfandrecht 2. Aufl. S. 106 — 10.
40) In der Allg. Litt. Zeit. a. a. O. S. 497. fg.
1) Zu diesen gehört: Beckmann: Dissertatio de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Goett. 1781.

jas[2]), Cruſius[3]), Leyſer[4]), Berghoff[5]), Weſtphal[6]), Schweppe[7]) und auſſer dieſen von Glück[8]), welcher gleicher Anſicht iſt[9]), angeführten[10]) Juriſten ferner Negusantius[11]), Merlin[12]), Thibaut[13]), v. Wening-Ingenheim[14]), Mühlenbruch[15]), Mackeldey[16]) und v. Löhr[17]). Früher wurde dieſes Recht dem bevorzugten Pfandgläubiger beſonders aus dem

---

§. 17, wo der Verfaſſer ſagt: „Unde, sicut creditori chirographario nullibi indultum est, sed intuitu ejus regula manet, ita etiam *creditori hypothecario* anteriori contra hypothecarium *posteriorem* hoc jus“ (offerendi) „competere nullibi in libris nostris proditum legimus. Neque contrarium per locum ICti *Pauli*, quem *Jacobus Cujacius* de casu, ubi creditor anterior in possessione rei obligatae est, explicat, probari potest, ubi Ictus, sed *et prior creditor*, inquit, *secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore potior sit*, cum hic locus, libris nostris non insertus, nullius in foro auctoritatis sit.“ — Zimmern in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band 1. Nr. III. Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte. 4. über das jus offerendi des beſſern Pfandgläubigers gegen den ſchlechtern — und Linde ebendaſelbſt, Bd. 5. Nr. XX. — Beiträge zur Lehre von der hypothekariſchen Succeſſion S. 290 ꝛc.

2) Ad *Pauli* Receptae sent. L. II. Tit. 13. §. 8.
3) Tractatus de jure offerendi. Cap. VIII. §. 1.
4) Medit. ad Pand. Sal. IV. Spec. 231. Med. 6.
5) Dissertatio de successione hypothecaria. §. 53.
6) Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämmtlichen römiſchen Geſetze vom Pfandrechte. Dritte Ausgabe. Leipzig 1800. §. 176. Note 194.
7) Römiſches Privatrecht. Bd. 1. S. 322.
8) Ausführl. Erläuterung der Pandecten.
9) A. a. O. Th. 19. §. 1097.
10) A. a. O. S. 355.
11) Tractatus de pign. et Hypoth. P. 5. membr. 3. §. 17. 18.
12) Tractatus de Pign. et Hypoth. L. IV. Tit. 2. Quaest. 56.
13) Pandectenſyſtem §. 653 B.
14) Lehrbuch des gem. Civilrecht. Buch II. §. 163. Note f.
15) Doctrina Pand. Edit. III. 1831. §. 324.
16) Lehrbuch des heutigen Römiſchen Rechts. Band 2. §. 381 Note c.
17) „Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger“ (Archiv für die civiliſtiſche Praxis. Bd. 14 (S. 170).

Digitized by Google

Grunde bestritten, weil die Stelle in des Paulus Sent. Recept. L. II. Tit. 13. §. 8.

„Novissimus creditor priorem oblata pecunia, qua possessio in eum transfertur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore sit“

welche allein deutlich von diesem Rechte spreche, nicht in das Corpus juris Justin. aufgenommen worden sey und so keine gesetzliche Kraft habe, das Justinianische Recht aber von jener Befugniß schweige[18]).

In neuerer Zeit hat Zimmern[19]), davon ausgehend, daß 1) das jus offerendi dem bevorzugten Gläubiger von keinem Nutzen sey, weil er im Gegensatze zu dem nachstehenden Pfandgläubiger, welcher um die Ausübung des jus offerendi an die Stelle des vorstehenden Creditors trete, und so das Veräusserungsrecht erwerbe, beliebig veräussern dürfe, 2) das jus offerendi etwas singuläres sey, und 3) jene Stelle des Paulus gerade umgekehrt dieses Recht dem vorgehenden Pfandgläubiger absprechе, die Frage, ob demselben diese Befugniß zustehe, verneint. Kurz darauf hat Müller[20]) gegen Zimmern den Satz vertheidigt: „Auch dem creditor potior steht das jus offerendi zu.“ Er hat namentlich nachzuzeigen versucht, daß allerdings der bevorzugte Pfandgläubiger dabei interessirt sey, jenes Recht gegen den nachstehenden Pfandgläubiger ausüben zu dürfen.

Meiner Meinung nach hat Müller den nächsten und wichtigsten Gesichtspunct, aus dem die Ausübung des jus offerendi dem vorstehenden Pfandgläubiger von Interesse seyn muß, nicht hervorgehoben[21]), obgleichsich diesre Gesichtspunct gerade aus

18) S. Glück a. a. O. Beckmann a. a. O.

19) A. a. O.

20) Archiv für civ. Prax. Bd. 11. Nr. 17. Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte II. S. 386 ꝛc.

21) Nach Müller dient das jus offerendi demselben nur dann, wenn er nicht besitzt, und zu dem Zwecke, um in den Besitz des Pfandobjects zu gelangen, und so das Retentionsrecht zu sichern. Denn er berührt die Frage, wozu demselben dieses Recht diene, blos in folgender Stelle (S.

Digitized by Google

dem Principe der Rechtsgleichheit, mit dessen Hülfe er jene Befugniß in Schutz nimmt, und welches allerdings bündig darauf schließen läßt, daß die Gesetze sie zugestehen, ergibt.

§. 2.

Die Rechtslehrer sind bekanntlich darüber verschiedener Meinung, ob der nachstehende Pfandgläubiger, dem bevorzugten gegenüber, auch dann, wenn er nicht durch Benutzung des jus offerendi an die Stelle des bevorzugten trete, befugt sey, das gemeinschaftliche Unterpfand mit Vorbehalt der Pfandrechte des Letztern zur Veräusserung zu bringen? Viele, als z. B. unter den Monographen des Pfandrechts Bachov v. Echt[22]), Negusantius[23]), Westphal[24]) und Gesterding[25]) bestreiten diese Befugniß[26]),

391): Vortheilhaft kann das jus offerendi dem creditor potior allerdings werden, wenn er nicht besitzt, mehrere Forderungen an den Pfandschuldner hat, und nun wegen der einen oder andern durch Pfand gesichert ist. Kommt der creditor potior in den Besitz des Pfandobjects, so kann er das jus retentionis ausüben. Klagt er nun zu dem Ende gegen den creditor posterior, so kann dieser offeriren, und so fällt das Retentionsrecht des creditor potior fort. Uebt Letzterer dagegen das jus offerendi aus, so kommt er in den Besitz des Pfandobjects, und das Retentionsrecht ist ihm sicher."

Ueberhaupt habe ich bei keinem Rechtslehrer den Gesichtspunct, der meiner Meinung nach in's Auge gefaßt werden muß, um die Bedeutung des dem vorstehenden Pfandgläubiger zustehenden jus offerendi zu erkennen, hervorgehoben gefunden; die Juristen berühren entweder den Grund, aus welchem demselben das jus offerendi gegen den nachstehenden gegeben sey, gar nicht, oder lehren, dasselbe sey für den Zweck hingegeben, welchen Müller andeutet".

22) Tractatus de Pign. et Hypoth. Lib. III. Cap. 29. §. 2.

23) L. c.

24) A. a. O.

25) Die Lehre vom Pfandrechte. Zweite Aufl. Greifswalde. 1831. S. 310. 311.

26) Gleiches lehrt Anton Faber: Error. pragmat. P. 1. Decad. I. Err. IV. Cujaz Paratitla in libros quinquaginta Digest. ad Tit. de distr. pign. und Paratitla in libros IX. Cod. ad Tit. de distr. pign. *Vultejus* Jurispr. rom. L. I. Cap. 34. §. 1441. *Alteserra* Recit. quotid. Tom. 1. ad L. 5.

Digitized by Google

während andere Monographen des Pfandrechts, als Merlin[27]), Franz Balduin[28]), Erxleben[29]) mit Mevius[30]), G. P. v. Bülow[31]) und Mühlenbruch[32]) lehren, daß der nachstehende Pfandgläubiger, salvo jure des vorstehenden, befugt sey das Pfand zu veräussern, ohne daß er nöthig habe, denselben vorher zu befriedigen[33]).

§. 3.

Die Adoption dieser letzten Theorie führt von selbst zur Erkennung des wichtigsten Grundes, aus welchem den vorstehenden Pfandgläubigern das jus offerendi gegen den nachstehenden gegeben sey. Ersteren sind nicht volle Dispositionsrechte über das Unterpfand gegeben, dessen Eigenthum forthin dem Pfandschuldner zusteht. Er hat, der Natur seines Pfandrechts, als eines Sicherheitsrechtes gemäs[34]) blos

27) L. c. L. 4. Tit. 13. Quaest. 97.
28) Tractatus de Pignor. et Hypoth. Cap. 18.
29) Principia de jure Pign. et Hypoth. §. 172. Na. a.
30) Decis. P. IV. Decis. 346.
31) Abhandl. über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. Th. 1. Abh. 1.
32) L. c. §. 318. Nota 3. §. 324. Nota 16.
33) Ich habe im dritten Bande der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Nummer XII. „Beitrag zur Erörterung der Frage: Verfagt das röm. Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräusserungsrecht“? den Versuch gemacht, die Gründe anzudeuten, welche für diese Befugniß sprechen. V. Löhr hat in dem zweiten Hefte des vierzehnten Bandes des Archivs für die civilistische Praxis dagegen die entgegengesetzte rigoröse Lehre in Schutz genommen. Auf diesen mir erwünschten Anlaß habe ich in einer weiteren Abhandlung „Ueber die Veräusserungsbefugniß des nachstehenden Pfandgläubigers“ meine Ansicht (mit Rückblicken auf die in dem Staube der Zeit vergrabene Literatur der Frage) ausführlicher zu entwickeln und zu begründen versucht. Sie wird im dritten Hefte des fünfzehnten Bandes des Archives füe die civil. Praxis eine Stelle finden.
34) S. meine Abhandl. im vierzehnten Bande des Archives für die civil. Praxis Nr. 12; „Beitrag zur Erörterung der Frage, ob der Pfandgläubiger zum Präjudiz des Pfandschuldners verlangen kann, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, und so weit dieser zu seiner Befriedigung erforderlich ist, veräussert

die Befugniß, sich seiner Befriedigung halber daran zu halten, und es im Falle der Säumigkeit des Pfandschuldners in Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, zur Veräusserung zu bringen, damit der Erlös diese Befriedigung herbeiführt. Bis dieses geschehen ist, besteht sein Pfandrecht, das durch keinen Vorzug beeinträchtigt werden kann. Aber eben darum ist der nachstehende Pfandgläubiger nicht gehindert, zur Veräusserung des Unterpfandes zu schreiten, ein Act, der nur dann in jeder Beziehung Rechtgültigkeit gewinnt, wenn der bevorzugte Pfandgläubiger auch aus dem Erlöse vorzugsweise befriedigt wird. Will nun der nachstehende Pfandgläubiger von seinem also bedingten Rechte Gebrauch machen, und zum Verkaufe des gemeinschaftlichen Unterpfandes schreiten, so macht sich der Grundsatz der relativen Rechtsgleichheit der beiden Pfandgläubiger geltend [35]). Sowie dem nachstehenden Pfandgläubiger dazu und nur dazu das jus offerendi gegen den bevorzugten gegeben ist, um, wenn derselbe zur Veräusserung des Unterpfandes schreiten will, diesen Vorgang durch dessen Befriedigung zu hindern [36]) (denn der nachstehende Pfand-

werde, oder, ob der Pfandschuldner dagegen rechtsgültig Einsprache thun kann?

35) — „In offerendo par est causa" — sagt Merlin l. c. L. IV. Tit. 2. Quaest. 58.

36) Zwar sagen viele Rechtslehrer, als: Erxleben l. c. §. 258. Dabelow a. a. O. §. 309. Glück a. a. O. S. 366. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 164. Warnkönig l. c. §. 393. Gesterding a. a. O. S. 310. es sey ihm auch dazu gegeben, um das Veräusserungsrecht zu erwerben (weil er diese Befugniß nur dann ausüben könne, wenn er durch Abfindung des bevorzugten Pfandgläubigers an dessen Stelle trete, und nun, da nur dieser veräussern dürfe, dessen Recht ausübe). Allein die Gesetze sagen nirgends, daß er das jus offerendi dazu haben soll, um durch dessen Ausübung ein Recht sich anzueignen (überhaupt ist es der Geist der Gesetze, daß der Pfandgläubiger als solcher nicht Rechte erwerben solle). Sie sprechen sich im Gegentheile, davon ausgehend, daß das Eintreten in das Rechtsverhältniß des andern Pfandgläubigers mittelst der Ausübung des jus offerendi blos Mittel zum Zwecke sey, was aus der L. 3. Cod. Si antiq. cred. (8. 20) „Quo minus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat, non offerendo, secundus priori debitum, interpellare non potest" hervorleuchtet, dahin

Digitized by Google

gläubiger, dessen Pfandrecht durch diese Veräusserung erlischt [37]), kann sehr dabei interessirt seyn, daß diese unterbleibe, z. B. weil zu befürchten ist, daß kaum so viel erlöst wird, um die Befriedigung des vorgehenden zu bewirken), so ist dem bevorzugten Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den nachstehenden dazu gegeben, um zu verhindern, daß letzterer veräussere. Denn er kann dabei interessirt seyn, daß diese Veräusserung unterbleibt, entweder, weil er Grund hat, zu befürchten, daß es ihm schwer wird, sein Capital auf sichere Art, oder unter gleich guten Bedingungen wieder anzulegen [38]), oder weil er durch Festhaltung des status quo den Schuldner gegen die großen Nachtheile schützen will, welche Folgen der Veräusserung des Unterpfandes sind [39]),

---

aus, daß dieser Zweck der sey, sich sein Recht zu conserviren (was mit Grund dafür ist, anzunehmen, daß das Veräusserungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht durch die Ausübung des jus offerendi bedingt ist.) So sagt die L. 22. Cod. de pignor. (8. 14.) Secundus creditor, offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, l. 1. 5. Cod. qui pot. 8. 18. „Qui pignus secundo loco acceperit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori pecuniam solverit.“ — Si tu illi omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa confirmabitur.“

37) L. 6. Cod. qui pot. in pign. (8. 18). L. 1 Cod. Si antiq. cred. (8. 20). v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 175. Geiserding a. a. O. S. 193. Mühlenbruch l. c. §. 318. Müller a. a. O. S. 390.

38) Linde a. a. O. S. 297. Note.

39) Gerade dann, wenn das Unterpfand weit mehr werth ist, als die beiden Pfandforderungen betragen, kann der vorstehende Pfandgläubiger sich am ersten aufgefordert finden, von dem jus offerendi gegen den nachstehenden Gebrauch zu machen. Denn da der letztere, seinem Interesse folgend, nur seine Befriedigung bezweckt, so läßt er gerne einen Verkauf vor sich gehen, der einen zur Tilgung der beiden Pfandforderungen gerade zureichenden Erlös darbietet. Dadurch kommt aber der Pfandschuldner, den das Gesetz fast mit Ängstlichkeit gegen jeden vermeidlichen Nachtheil (lex commissaria, Verkauf der entbehrlichsten Pfandobjecte u. s. w.) zu schützen bemüht ist (S. meine angef. Abhandl.) in großen Schaden, weil das Unterpfand weit mehr werth ist; aber eben, weil dasselbe einen weit höheren Werth hat, vernachlässigt der bevorzugte Pfandgläubi-

und so läßt sich auch von dem jus offerendi des vorstehenden Pfandgläubigers sagen, es habe den Zweck, daß dieser durch dessen Anwendung „jus suum confirmat“. Er verhindert, hierdurch, daß sein bisheriges Rechtsverhältniß, das er beibehalten zu sehen wünscht, dadurch aufgehoben, daß er durch Veräusserung des Unterpfandes wider seinen Willen befriedigt wird und hält dasselbe fest. Er kann durch das Veräusserungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers aus seiner Stellung verrückt werden, obgleich diese sonst so günstig ist (quanquam ipse in pignore potior sit). Um sich nun dagegen zu sichern und seine Stellung zu behaupten, wenn er dieses für gut findet (si voluerit), soll ihm das jus offerendi gegen den nachstehenden Pfandgläubiger gegeben seyn, dessen er sich entledigt („dimittere“), indem er ihn befriedigt und so dessen Ansprüche mit den seinigen verschmilzt.

Mannichfaltiges.

I.

Bemerkungen zu meinem Buche über das Erbrecht.

Von Roßhirt.

1)

Ueber die Succession der Geschwisterkinder.

Es ist bekannt, daß, wenn Geschwisterkinder mit Geschwistern succediren, die Vertheilung in stirpes geschieht; wenn

ger, welcher auch für die durch die Ausübung des jus offerendi erworbene Forderung sich hinreichend gesichert sieht, sein eigenes Interesse nicht, welches er im Auge behält, während er zu gleicher Zeit das Beste des Schuldners wahrt.

Digitized by Google

Geschwisterkinder unter sich succediren, in capita. Wenn nun aber der einzige mit succedirende Bruder des Verstorbenen nach der Delation wegfällt, und jetzt nur Geschwisterkinder unter sich vorhanden sind, wird dann statt der successio in stirpes die in capita geltend? Glück läugnet es, wir dagegen waren anderer Meinung, und zwar deßhalb, weil die Miterben gegen einander erst durch den quasi contractus hereditatis aditae gebunden würden, und es daher in diesem Puncte auf das Moment der Adition und nicht auf jenes der Delation ankomme (Roßhirt Erbrecht I. Th. II. Hptstück §. 20). Allein dagegen kann man den Einwurf machen, daß, wenn ein Miterbe angetreten hat, und bevor der andere sich entschied, seinen Antheil verlangt, dieser ausgeantwortet werden muß, und folglich die spätere Entscheidung des anderen Erben an dem vollzogenen Rechtsverhältnisse nichts mehr abändern kann. Aber diesem Einwurfe glauben wir so begegnen zu können: Allerdings kann der eine Miterbe seinen Antheil verlangen, so gewiß bei Descendenten, wenn der eine die Niederkunft der schwangern Wittwe des Verstorbenen nicht abwarten will, dieser seinen Theil verlangen kann. L. 3. D. 5, 4. Allein dies ist kein Definitivum, sondern ein Provisorium, und deßhalb werden in dem oben angeführten Falle der Descendenten 3 Theile für den Embrio zurückbehalten[1]). Wenn der eine Miterbe in der Deliberation steht, während die andern ihre Theile nehmen, so sind diese nicht in definitiver Ordnung, denn so möglich es ist, daß ihnen durch das Accrescenzrecht eine neue Sonne aufgehe, so möglich ist es, daß durch das Ausschlagen des Miterben und die Eröffnung der Erbschaft an andere, bei denen eine andere Theilungsart eintritt, jenen etwas decrescire. Schon die natürliche Billigkeit spricht dafür, daß, wenn man auf der einen Seite durch das Recht gewinnen kann, man auch auf der andern Einiges verlieren muß, wenn die Voraussetzungen anders fallen. Dazu können die Erben, welche ihren Antheil schon genommen haben, durch die actio personalis ex hereditatis aditione und

1) Wenn weniger geboren werden, accrescirt, wenn mehr geboren werden, decrescirt etwas. L. 4. D. cod.

Digitized by Google

durch die hereditatis petitio pro parte angehalten werden. Kann ja auch den Legatarien, die ohne Rücksicht auf die Quarta falcidia die legirte Sache an sich genommen haben, diese wieder abgefordert, oder durch eine actio auf den Werth der falcidia geklagt werden. (l. 26. pr. l. penult. Cod. 6. 50. l. 77. §. 2. D. 31. l. 1. D. 43. 3.) Man könnte uns nur dieses entgegnen, daß es sich hier wie bei den Rechten unter Miterben um ein plus oder minus in Hinsicht auf das Verhältniß des Werths des Empfangenen zu dem Schuldigen handle, nicht aber um die Bestimmung der Erbschaftsquote, die einmal bestimmt unabänderlich sey. Die Ansprüche unter Miterben könnten daher nur wie die stipulatio partis et pro parte auf Ausgleichung nach einem bereits gegebenen Maasstabe der partes selbst gehen. Allein dagegen haben wir nicht nur die Analogie, wenn der venter in Concurrenz tritt, die schon oben angeführt ist, sondern den allgemeinen Grundsatz bei der actio, si pars hereditatis petatur, daß der Kläger, welcher einen bestimmten Theil bereits inne hat, auf dasjenige, was ihm in Rücksicht auf die Quotenbestimmung noch fehlt, ausdrücklich nachklagen kann (l. 1. §. 4. D. 5. 4). Endlich aber haben wir auch ein passendes Argument in der

l. 2. D. 5. 4.

Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos, qui adierint, si petant hereditatem, non majorem partem petere debere, quam habituri essent, ceteris adeuntibus: *nec eis proderit si ceteri non adierint.*

Die Stelle ist zwar offenbar auf einen andern Fall als unseren berechnet, weil nach dem römischen Successionssystem überhaupt unser Fall nicht vorkommen kann; aber wir sehen doch, daß die Abtheilung der Erbschaft, bevor alle sich erklärt haben, als eine blos provisorische geachtet wurde, und wir sehen insbesondere, daß den Petenten schon bei der provisorischen Abtheilung kein Nutzen deßhalb werden soll, weil die anderen vermuthlich nicht antreten werden. Erst wenn diese Bedingung wirklich entschieden ist,

Digitized by Google

können die definitiven Theile gesucht werden. Daher heißt es in derselben Stelle am Ende:

Non adeuntibus autem ceteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.

Aus dieser Stelle möchten wir daher ableiten, daß in unserem Falle diejenigen Geschwisterkinder, welche während der Deliberation ihres Miterben ihren Antheil verlangen, nur so klagen können, als wenn mit den Kindern dieses Miterben (ebenfalls Geschwisterkindern) in capita getheilt würde, weil dies der Fall ist, wenn deren Vater die Erbschaft ausschlägt oder stirbt, und darauf hin die Kinder antreten. Unter dieser Annahme aber fällt das Argument unserer Gegner von selbst. Gelegenheitlich wollen wir dann auch bemerken, daß die allgemeinen Grundsätze über die successio graduum auf den hier behandelten Fall der Geschwisterkinder nicht anwendbar sind, weil hier eine successio graduum wie bei den Descendenten und Ascendenten nicht eigentlich eintritt, sondern die filii und filiae primi gradus der Geschwister nur das *privilegium* haben, in ihrer Eltern Stelle zu treten, was durchaus als jus singulare nach diesem singulären Repräsentationsprinzip zu beurtheilen seyn dürfte, und am wenigsten auf das Edictssystem, welchem ein solcher Gedanke schlechthin fremd ist, hingeführt werden kann, in dem aber eigentlich die successio graduum ihre Wurzeln hat.

Nicht weniger wollen wir gelegentlich bemerken, daß man im römischen Rechte überall nur zum Ziele kommt, wenn man sich die Streitfragen praktisch, d. h. aus den prozessualischen Grundsätzen des Klagenspruches denkt. So ist nicht zweifelhaft, wie derjenige, welcher während der Deliberation eines Miterben auf Verabfolgung seines Antheils klagen will, aufzutreten hat. Vorerst nämlich gilt es der Ausmittelung seiner Quote, ehe er auf reelle Abtheilung und Uebergabe einzelner Vermögensobjecte dringen kann. Daher haben die Römer die hereditatis petitio pro parte und die actio familiae herciscundae unterschieden. L. 7. D. 5. 2. Hinsichtlich der ersten Klage heißt es: ad officium judicis nihil amplius pertinet, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat. Hiebei aber ist das officium judicis

für einen Fall wie der unserige ist, erleichtert. In der l. 1. §. 5. D. h. t. heißt es:

Interdum praetor *incertae partis* hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus.

Das darauf folgende Beispiel zeigt, daß unser Fall gerade geeignet ist, daß der Ausspruch des Richters auf eine incerta pars, d. h. auf ein Provisorium in Hinsicht der Quote gerichtet werde. An und für sich kann auch nur so der Antrag des Klägers gestellt werden; wäre er aber anders gestellt, so kann der Richter in seinem Urtheile die Sache ex officio in das rechte Geleise bringen. Aber natürlich muß er ein bestimmtes Quotenverhältniß angeben und das „incerta" bedeutet nur, daß die Sache nicht definitiv regulirt ist. Das bestimmte Quotenverhältniß ist deßhalb nöthig, damit darauf hin die reelle Abtheilung und nöthigenfalls das familiae herciscundae judicium durchgeführt werden kann.

---

2)

Ueber den Antheil des Vaters an den bonis maternis maternique generis in der Abtheilung derselben mit seinen emancipirten Kindern zum Zwecke des Nießbrauches an diesem Theile,

oder:

Uber die l. 3. Cod. de bonis maternis maternique generis (6, 60).

Zur Aneiferung des Vaters für die Emancipation seiner Kinder war schon von Constantin d. G. festgesetzt, daß der Vater ein Drittel des mütterlichen Vermögens zum proemium emancipationis haben solle. Der Zweck war indeß in so fern nicht voll erreicht, als die Kinder oft bei dem

Leben der Mutter emancipirt zu seyn wünschten, und der Vater aus Rücksicht auf den dereinstigen Genuß des mütterlichen Vermögens nicht Lust dazu hatte. Um hier im Constantin'schen Geiste fortzuwirken, wurden von Theodosius und Valentinianus bestimmte Aussichten auf eine Theilnahme am mütterlichen Vermögen mortis causa dem Vater eröffnet.

l. 9. cod. theodos. de bonis maternis 8. 18.

l. 3. cod. justin. de bonis maternis 6. 60.

Der Vater soll nämlich das Recht haben, in Hinsicht der Kinder, welche er beim Leben der Mutter emancipirt, in das mütterliche Vermögen so mit zu succediren, daß er den Nießbrauch eines Viriltheils erwirbt. Dieß hat nun freilich keine Schwierigkeit, wenn die succedirenden Kinder alle — Kinder des ersten Grades sind, denn selbst, wenn neben den emancipatis sui erben, ist die Sache unbestritten und einfach: es wird nämlich vorerst die Portion der sui ausgeschieden, denn an diesem ganzen Vermögenstheile hat der Vater schon den Nießbrauch jure patriae potestatis: von dem auf die andern Kinder fallenden Erbvermögen aber wird ein Kopftheil dem Vater nießbräuchlich kraft unseres Gesetzes gegeben. Aber complicirt wird die Sache, wenn Enkel oder gar Urenkel entweder allein, oder mit Kindern ersten Grades eintreten. Es gibt nun hier 3 Meinungen:

1) Die Schrader'sche, die so mathematisch verständig sie ist, doch aus juristischen Gründen von ihrem Urheber selbst wieder aufgegeben wurde.

2) Die Meinung von Baumeister in seiner Lehre vom Anwachsungsrecht.

3) Die gemeine dem dürren Buchstaben folgende Meinung.

Wir selbst haben früher die Schrader'sche Meinung, nachdem sie Schrader emancipirt hatte, arrogirt; allein da sie keine unmündige ist, so können wir sie ohne alle Beschwerde ebenfalls wieder aufgeben, und wollen nun wieder die dritte Ansicht aus historischen und Vernunftgründen zu rechtfertigen suchen.

Die Schrader'sche Meinung lautet so: Der Vater nimmt von dem auf seine Kinder ersten Grads fallenden Erbvermögen einen Kopftheil zum Nießbrauche; mit seinen

Digitized by Google

Enkeln aber theilt er so, daß er von jeder Stammsportion einen Kopftheil nimmt. Z. B.

Die Mutter Y hätte von ihrem Manne (dem Vater) X zwei Söhne, A, B; von einem früher verstorbenen Sohne einen Enkel, C, und von einem vierten, ebenfalls früher verstorbenen Sohne drei Enkel, D, E, F.

40,000 fl. betrage das mütterliche Vermögen. Hier bekommt der Vater von A und B als der dritte Mann zum Nießbrauche $^{20,000}/_{3}$: dann von dem Enkel C als der zweite Mann den Nießbrauch von $^{10,000}/_{2}$, endlich von D, E, F als der vierte Mann den Nießbrauch von $^{10,000}/_{4}$, zusammen den Nießbrauch von 14,166 fl. 20 kr.

Die Baumeister'sche Meinung dagegen lautet so: Um die portio virilis zu berechnen, zählt man alle emancipirten Söhne und diejenigen Enkelstämme zusammen, in denen sich emancipirte Enkel befinden; diese Zahl um Eins vermehrt, gibt die dem Vater gebührende Quote, und nach Abzug derselben wird die Masse, wie gewöhnlich, unter die Stämme vertheilt. Wir übergehen dabei das unnatürliche Verhältniß, wornach für den Fall, wo, wenn neben den emancipirten Enkeln nicht emancipirte vorhanden sind, der Vater, weil von der ganzen Stammsportion die Abzugsquote erhoben wird, für die letztern Enkel selbst mit concurriren muß, und in so ferne weniger erhält. Das Unnatürliche dieses Verhältnisses hat Baumeister selbst S. 68 dargestellt. Baumeister's Ansicht auf unsern Fall angewendet, führt zu keinem andern Resultate, als darauf, daß, wenn alle Descendenten emancipirt sind, der Vater an einer für ihn zu bildenden Stammsportion den Nießbrauch erhält, also an 8000 fl.

Nunmehr wollen wir kurz die Gründe zusammenstellen, aus welchen wir glauben, daß unter allen Verhältnissen der Vater den Nießbrauch an einem Kopftheile, also in unserem Falle von $5914^{2}/_{7}$ fl. haben soll. Die concreten Zahlen haben wir deßhalb gewählt, um die Verschiedenheit der Resultate von 14,000 fl. bis 8,000 — 6,000 fl. recht klar vor sich zu haben. Nicht brauchen wir zu wiederholen

a) Daß die Worte des Gesetzes unzweideutig dieser Ansicht huldigen, und nicht anders verstanden werden können,

Digitized by Google

am allerwenigsten kann daraus die entgegengesetzte Succession in Stammportionen abgeleitet werden; und in der That ist die Baumeister'sche Ansicht nichts als die Ansicht von der Stammsuccession, und der Schrader'schen liegt diese Ansicht wenigstens zum Grunde.

b) Am meisten dürfte uns auch hier das historische Verhältniß aufklären. Nach einer Verordnung vom Jahre 389,

l. 4. Cod. theod. de legitimis heredit. 5. 1.

l. 9. Cod. just. de suis et legitimis liberis. 6. 55.

war das Verhältniß der Succession in das Vermögen der Mutter und Großmutter ganz eigenthümlich: Die Enkel und Enkelinnen einer Frau sollten nämlich ihren Onkeln und Tanten also den liberis primi gradus ein Drittel ihres Erbvermögens zum Voraus lassen: in unserem Falle also bekommen A und B 20,000 ÷ 3333 fl. 20 kr. ÷ 3333 fl. 20 kr., im Ganzen jeder 13,333 fl. 20 kr. und der C erhält nur 6666 fl. 40 kr. und ebensoviel erhalten D, E, F. Bei einer solchen Lage der Dinge wurden die Kaiser in Beziehung auf die Bestimmung des Theils für den Nießbrauch des Vaters sehr genirt, da hier weder Viril- noch Stammssuccession stattfand. Wahrscheinlich wollten sie auch die ohnehin schon gravirten Enkel und Enkelinnen nicht weiter drücken, und so kamen sie auf den Gedanken, daß es das Einfachste sey, dem Vater eine Virilportion unter allen Umständen vorneweg nehmen zu lassen, vorbehältlich der allgemeinen Successionsrechte in diesen Theil quoad proprietatem. Unsere Verordnung über den Nießbrauch des Vaters ist vom Jahre 426 — also nicht lange nach der oben erwähnten Verordnung erlassen, die übrigens bis auf die Antheilnahme der Agnaten, welche schon 528 aufgehoben wurde, gültig blieb bis zum Nov. 18 (nicht 118).

Mein Erbrecht S. 95. und Note 26.

c) Das mathematische Element, in so ferne es mehr ist, als allgemeine Consequenz (in wie weit man den römischen Juristen immer mathematisches Talent zugeschrieben hat) — in so fern es also auf einer feinen Technik und algebraischen Formeln beruht, findet sich nicht im römischen Rechte, am allerwenigsten in der Constitutionenjurisprudenz, und daher wäre es unrecht, dasselbe hineinzutragen, oder klare Worte

Digitized by Google

der Constitutionen dadurch auf eine andere Art zu interpretiren, zumal wenn man, so ferne eine Entscheidung als unnatürlich hervortritt, wie hier, das Hinderniß der Natürlichkeit und den Grund des legislatorischen Durchgriffs leicht finden und einsehen kann.

II.

Noch eine Bemerkung über die Verjährung der Klagen.

(Nachtrag zur zweiten Abhandlung im zweiten Hefte.)

Seit jener Abhandlung sind neue Schriften über diesen Gegenstand der Controverse erschienen: namentlich eine eigene Schrift von Büchel „über die Wirkung der Klagenverjährung, Marburg 1832“, und eine Hinweisung auf neue Argumente von Mühlenbruch im XXXV. Bande der Glück'schen Pandecten. (S. 462. Note 67).

Merkwürdig ist vor allem, daß man immer mehr darin einig wird, wie die Lösung unserer Controverse nicht in der Exegese der Constitutionenstellen gefunden werden könne, sondern allein in der geschichtlichen Verfolgung des Gegenstandes. In dieser Beziehung aber sind drei ganz verschiedene Ansichten hervorzuheben:

1) Die alten actiones temporariae wären durch eine exceptio perpetua so vernichtet worden, daß auch das denselben zu Grunde liegende Recht vernichtet sey. Dieselbe Wirkung trete nun bei den zu temporariis gemachten actionibus perpetuis ein [1]).

2) Bei den alten temporariis sey blos die Klage untergegangen, bei den perpetuis aber sey durch die Constitutionen mit der Verjährung auch das Recht zerstört worden [2]).

1) v. Löhr im civilist. Archiv X. Bd. S. 70 ff.
2) Thibaut System §§. 1056 und 1062.

3) Bei den alten temporariis sey blos die Klage untergegangen, und die actio temporaria der obligatio temporaria wohl entgegenzusetzen: dasselbe sey nun aber für die neue Verjährung der actiones perpetuae anzunehmen[3]).

Diesen drei Meinungen entgegen haben wir in unserer früheren Abhandlung gezeigt, daß bei den alten actionibus temporariis manchmal die actio gänzlich vernichtet war, manchmal aber die obligatio als naturalis blieb, und daß dabei Alles auf den materiellen und formellen Grund der Einführung der Klage ankam, als Regel aber allerdings das Princip galt, die naturalis obligatio sey nicht als in judicium transferirt anzusehen, von welchem Grundsatze folglich auf unsere Streitfrage die rechte Anwendung wird gemacht werden müssen.

Herr Dr. Büchel[4]) gehört nun zu denjenigen, welche wieder die erste Ansicht ergriffen haben; vorzüglich aber führt er den kleinen Krieg und sucht die einzelnen Argumente seiner Gegner zu widerlegen, worin er sehr glücklich und geschickt verfährt. Nur hat er Manches einseitig aufgefaßt. z. B. die Behauptung, daß dasjenige Recht, welches als Klage verfolgt werden könne, als Einrede nicht vorkommen könne, sondern in dieser Richtung mehr ein Läugnen des Klagegrunds des Gegners enthalte[5]): ferner die Behauptung, daß aus der Verjährung bei den dinglichen Rechtsverhältnissen gar kein Schluß und keine Analogie auf die Forderungsklagen zulässig sey; ferner ist der Versuch der Erklärung des Verhältnisses, wornach die Pfandklage noch fortdauere, wenn das Hauptrecht durch Verjährung wirklich untergegangen sey, zwar scharfsinnig, aber gewiß unnatürlich und mehr als Conjectur; auch gilt von dem selbstständigen Constitut kein Argument auf das durchaus accessorische Pfandrecht:

3) Franke Abhandlungen Nr. 2. S. 78.

4) Wir wollen keineswegs durch die nachstehenden Zeilen diese Schrift genau würdigen, und berühren nicht einmal die Hauptpartei oder die exegetische, glauben aber doch die allgemeine Richtung derselben bezeichnen zu können und müssen.

5) Man denke nur an die actio redhibitoria; im Uebrigen hat Büchel darin Recht, daß Vieles als exceptio aufgefaßt wird, was als bloße solutio den Exceptionsstandpunct nicht hat.

Digitized by Google

und so ist diese Abhandlung hauptsächlich schätzbar wegen der vielen kleinen Sünden, die sie den Schriftstellern nachgewiesen hat, während der Verfasser natürlich auch seine Fehler begangen und auf jeden Fall den Knoten nicht entwirrt hat.

Mühlenbruch schließt sich wieder unserer Meinung an, und läßt sich besonders auf zwei Argumente ein, nämlich: daß allgemeine Aeusserungen über die Wirkung der exceptio perpetua, wie sie z. B. in l. 66. 112. D. 50. 17. vorkommen, nicht genug seyen, um die Wirkung der exceptio temporis zu bestimmen — und daß der Karacter einer Naturalobligation nicht durchgreifend aus einer einzigen Folge z. B. hinsichtlich der Bestärkung durch Bürgschaft bestimmt werden könne. Endlich aber beruft er sich auf die l. 23. §. 2. D. 5. 2. woraus man klar sehen könne, daß mit dem Untergange der Klage nicht das Recht selbst untergegangen sey, weil ja das Accreseenzrecht darauf Anwendung finde.

Bei dieser Gelegenheit müssen wir noch auf ein eigenes Verhältniß hinsichtlich der Klagenverjährung aufmerksam machen. Im uralten Rechte der Römer, wo von der praescriptio in einer ganz anderen Beziehung gehandelt wurde, als von der speziellen Richtung einer exceptio temporis, kam es schon vor, daß die praescriptio nicht sowohl das Anbringen und die Vertheidigung des Beklagten als vielmehr das Anbringen und die Sache des Klägers betraf, und namentlich war dieses der Fall bei Obligationen, die fortlaufend sind, und daher Vergangenheit und Zukunft umfassen. Hier mußte der Kläger die bestimmte Vergangenheit cujus rei dies fuit, als praescriptio, d. h. als Vorausbestimmung vor der formula, die die condemnatio enthielt, aufstellen, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen wollte, daß auch die obligatio futura prozessualisch consumirt werde[6]). In ähnlicher Weise müssen in unsern Tagen gewisse in der Zeit fortlaufende Foderungen in gewisser Zeit eingeklagt werden, und der Kläger muß die Zeit, auf welche die Foderung geht, angeben, damit seine Klage die gehörige factische Grundlage habe. Dieß ist namentlich oft der Fall bei den Creditgesetzen der Studirenden. Wir nennen das Ver-

6) *Gajus* Lib. IV. §§. 130 — 132.

Digitized by Google

hältniß mit gutem Grunde nur dem alten römischen Verhältnisse ähnlich: wollen aber daraus deduciren, daß dort, wie hier die Sache zum Anbringen des Klägers gehört, und so wenig das Eine wie das Andere nach den Grundsätzen der Einreden, oder der eigentlichen Klagenverjährung[7]), welche als Einrede erscheint, beurtheilt werden kann. Schon bei'm Beweise zeigt sich die Sache practisch, indem in solchen Fällen der Kläger dasjenige, was zu seinem Anbringen gehört, folglich auch das in die Zeitverhältnisse Einschlagende beweisen muß, während bei der gewöhnlichen Klagenverjährung der Beklagte beweist. Im Allgemeinen muß man also, wenn von einem bestimmten Zeitlaufe etwas abhängt, nicht immer gleich an die gewöhnliche Verjährung denken, welche als Einrede der Klage entgegengesetzt wird, sondern man muß genau untersuchen, ob die fortlaufende Foderung nur innerhalb gewisser Zeitgrenzen Gegenstand der Klage seyn soll, oder ob im Allgemeinen eine Foderung, weil sie in der bestimmten Zeit nicht eingeklagt ist, nicht mehr eingeklagt werden kann. Der erste Fall kann wohl auch nach dem Standpunncte des zweiten abgehandelt werden, dagegen ist es denkbar, daß der Gesetzgeber ihn nach der andern Rücksicht, nämlich als einen zur Klage gehörenden Umstand, gleichsam als eine alte praescriptio behandle.

III.

Ueber die Worte Mord und Raub, besonders in den Ausdrücken Kindermord, Kirchenraub.

In der neuesten Zeit wird über den Unterschied von Mord und Todtschlag, von Diebstahl und Raub vielfach verhandelt;

7) Warum die Klagenverjährung praescriptio in sensu proprio genannt wurde, und zwar sogar ohne den Beisatz temporis, darüber ist noch eine besondere Untersuchung anzustellen, denn was selbst die Neuesten, z. B. Heffter in seinem Commentar zum 4. Buche des Gajus pag. 114. gesagt haben, befriedigt nicht.

Digitized by Google

ich erinnere in der ersten Hinsicht nur an die neuesten Schriften von Jarke und Birnbaum, in der andern Hinsicht aber daran, daß in den Lehrbüchern Diebstahl und Raub bald als Arten desselben Begriffs, und nach römischer Ansicht, bald als verschiedene genera delictorum und nach germanischer Ansicht behandelt werden. Hier soll nur ganz kurz auf einen sicheren Irrthum der meisten Criminalisten hingedeutet werden. Dieselben vergessen nämlich den Sprachgebrauch des Mittelalters, wornach Mord und Raub, eine Qualification im allgemeinen und daher etwas unbestimmt, gewöhnlich bei dem ersten Worte in der Richtung auf das Prämeditirte, Heimliche und Verrätherische, bei dem anderen in der Richtung auf das Gewaltsame und Allgemein Gefährliche, aber auch selbst in objectiver Hinsicht ausdrückt. Daher muß dann auch der Ausdruck Kindermord erklärt werden, und es kömmt nicht auf den Character der Handlung in Hinsicht auf den Willen der Verbrecherin an, weßhalb man die Alten mit Unrecht tadelt, wenn sie hier nicht den Ausdruck Todtschlag gebraucht haben. Eben deßhalb hat man bei der Tödtung der Verwandten überhaupt den Mord und Todtschlag nicht unterschieden, sondern der objectiven Rücksicht wegen immer von Mord gesprochen.

Ebenso ist es mit dem Ausdrucke Kirchenraub. Wenn Martin bemerkt, daß man Kirchenraub und Kirchendiebstahl unterscheiden müsse, so hat er sicherlich Unrecht, denn wenn auch bei dem Diebstahle einer Kirchensache gar nichts Gewaltsames und Gefährliches vorgegangen wäre, so hätte man den Ausdruck Kirchenraub doch schon wegen der objectiven Qualification gebraucht, indem man einen solchen Dieb für einen Räuber und Gewaltiger angesehen wissen wollte, wie man ja auch den die Nothzucht Verübenden so darstellte, zumal die verbrecherische Vergewaltigung ein sicheres allgemeines Bildniß des Delicts im Mittelalter gab. Selbst durch eine adjective Bedeutung hat das Wort „Mord“ den allgemeinen Sinn des Qualificirten, wie man in dem Ausdrucke „Mordbrand“ erkennen kann.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

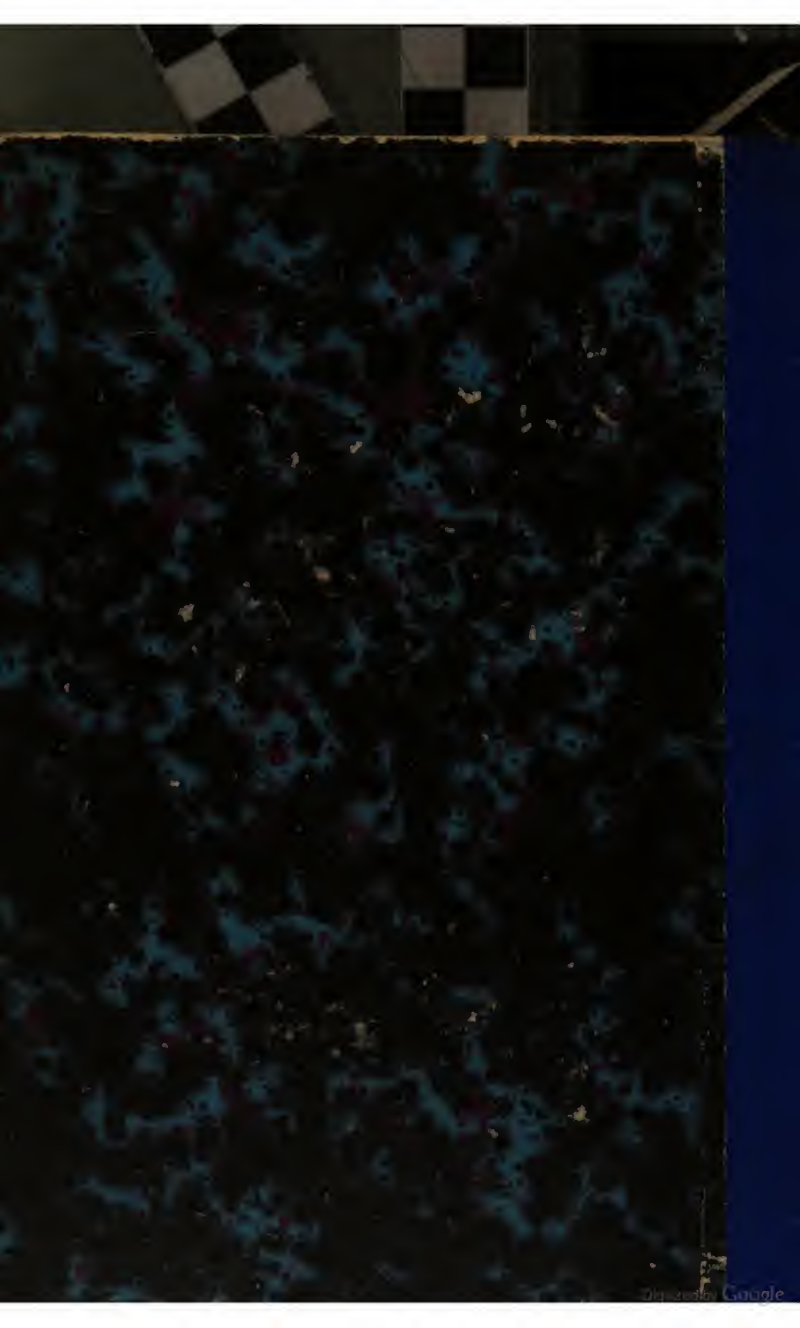
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google